

**FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA – UNIR
CAMPUS PROFESSOR FRANCISCO GONÇALVES QUILES – CACOAL
DEPARTAMENTO ACADÊMICO DE DIREITO**

HIGOR CONTARATO SALVADOR

**(IM) POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO DA
PRETENSÃO PUNITIVA EM PERSPECTIVA NO ORDENAMENTO
JURÍDICO PENAL BRASILEIRO**

**TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO
MONOGRAFIA**

**CACOAL – RO
2016**

HIGOR CONTARATO SALVADOR

**(IM) POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO DA
PRETENSÃO PUNITIVA EM PERSPECTIVA NO ORDENAMENTO
JURÍDICO PENAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada à Fundação Universidade Federal de Rondônia – UNIR – *Campus* Professor Francisco Gonçalves Quiles, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, elaborada sob a orientação do professor Me Victor de Almeida Conselvan.

Salvador, Higor Contrato.

S182i (Im)possibilidade da aplicação da prescrição da pretensão punitiva em perspectiva no ordenamento jurídico brasileiro/ Higor Contrato Salvador– Cacoal/RO: UNIR, 2016. 109 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação).
Universidade Federal de Rondônia – Campus de Cacoal.
Orientador: Prof. M.e Victor de Almeida Conselvan

1. Direito penal. 2. Prescrição. 3. Punibilidade. 4. Legalidade. I. Conselvan, Victor de Almeida. II. Universidade Federal de Rondônia – UNIR. III. Título.

CDU – 343

Catálogo na publicação: Leonel Gandi dos Santos – CRB11/753

**(IM) POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO DA
PRETENSÃO PUNITIVA EM PERSPECTIVA NO ORDENAMENTO
JURÍDICO PENAL BRASILEIRO**

Por:

HIGOR CONTARTO SALVADOR

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Fundação Universidade Federal de Rondônia UNIR – *Campus* Professor Francisco Gonçalves Quiles, para obtenção do grau de Bacharel em Direito, mediante a Banca Examinadora formada por:

Professor Me. Victor de Almeida Conselvan

Professora Dra. Maria Priscila Soares Berro

Professor Me. Bruno Milenkovich Caixeiro

Conceito: 79

Cacoal, 07 de Julho de 2016.

Dedico este trabalho aos meus amados pais, Paulo e Eliane por sempre acreditarem em meu potencial e sempre me apoiarem.

Aos meus queridos irmãos Cassio e Dayla por sempre colaborarem para minhas vitórias.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por me ajudar nos momentos difíceis e permitir que finalizasse mais uma etapa de minha vida.

Ao meu orientador, Professor Me. Victor de Almeida Conselvan, pela paciência e disponibilidade em transmitir seus conhecimentos.

À Professora Ma. Sônia Mara Nita, pela dedicação profissional e ajuda na elaboração deste trabalho.

A minha querida esposa, Caroline Magalhães Oliveira, por toda compreensão que teve comigo nesta fase final do curso.

RESUMO

O trabalho apresenta um estudo sobre a possibilidade de aplicação da prescrição da pretensão punitiva na perspectiva do ordenamento jurídico penal brasileiro. Esse instituto jurídico é criação doutrinária e jurisprudencial brasileira, e sua utilização desperta grandes debates. Partindo-se da ótica de um Estado Democrático de Direito em que a dignidade da pessoa humana é um de seus fundamentos, a problemática apresentada gera divergências entre os princípios constitucionais que norteiam o Direito Penal e Processual Penal. Por não estar prevista em lei, a prescrição penal nessa perspectiva não encontra amparo legal para ser aplicada no direito brasileiro. Outrossim, também poderia ofender a obrigatoriedade do processo e presunção de inocência. Entretanto, sua aplicação corrobora com os princípios: da dignidade da pessoa humana, economia processual e instrumentalidade do processo. Uma das abordagens principais do trabalho será a demonstração do interesse de agir como condição da ação penal e a falta de utilidade do processo quando for possível constatar a prescrição penal em perspectiva. Para sua realização foi utilizado o método científico da dogmática jurídica conjuntamente com a aplicação do método dialético. O procedimento técnico aplicado foi o de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Prescrição em Perspectiva. Interesse de Agir. Legalidade. Punibilidade.

ABSTRACT

The job step in unlocking the possibility of application of prescription of claim punitive in perspective in Brazilian penal law, this legal Institute's creation doctrine and brazilian jurisprudence, and its use arouses great debates. From the perspective of a democratic State of law in that the dignity of the human person is one of its foundations, the problem presented generates differences come in constitutional principles that guide the criminal law and criminal procedure. Not to be provided for in law the prospective criminal prescription does not find legal support to be applied at the Brazilian law, could also offend the mandatory process and presumption of innocence. However its implementation consistent with the principle of human dignity, procedural economy and instrumentality of process. One of the main approaches of the work will be the demonstration of the interest act as a condition of the criminal action and the lack of usefulness of the process when it is possible to observe criminal prescription of claim punitive in perspective. For its realization was used the scientific method of legal Dogmatics in conjunction with the application of dialectical method and the technical procedure was applied to bibliographical research.

Keywords: Prescription in perspective. Interest to act. Legality. Criminality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 O PODER DE PUNIR DO ESTADO	11
1.1 LIMITAÇÕES AO PODER DE PUNIR DO ESTADO	13
1.1.1 Princípio da Legalidade	13
1.1.2 Princípio da Intervenção Mínima	16
1.2 TEORIAS DO CRIME.....	17
1.2.1 Concepções do conceito analítico do crime	19
1.2.2 Conceito de crime adotado pelo Código Penal.....	20
1.2.3 Teoria clássica do crime.....	25
1.2.4 Teoria neoclássica do crime	25
1.2.5 Teoria finalista do crime	26
1.2.6 Teoria funcionalista do crime.....	28
1.3 TEORIA DA PENA	29
1.4 PUNIBILIDADE E CAUSAS DE EXTINÇÃO.....	32
1.4.1 Condições de Punibilidade.....	33
1.4.2 Causas Extintivas da Punibilidade	34
1.4.3 Prescrição penal.....	37
1.4.3.1 Modalidades de prescrição da pretensão punitiva	39
1.4.3.2 Termo inicial e causas interruptivas da prescrição da pretensão punitiva.....	43
1.5 SÍNTESE.....	44
2 AÇÃO PENAL.....	46
2.1 PRINCÍPIOS DA AÇÃO PENAL	51
2.2 CONDIÇÕES COMUNS OU GENÉRICAS DA AÇÃO.....	53
2.3 DIREITO PROCESSUAL PENAL.....	62
2.3.1 Lei processual penal no tempo	63
2.3.2 Princípios processuais penais	65
2.4 SÍNTESE	74
3 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA EM PERSPECTIVA	76
3.1 OS ARGUMENTOS FUNCIONALISTAS DA PRESCRIÇÃO PENAL EM PERSPECTIVA.....	77
3.2 OS ARGUMENTOS LÓGICOS DA PRESCRIÇÃO PENAL EM PERSPECTIVA	80
3.3 O CONSTRANGIMENTO ILEGAL DO ACUSADO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	82
3.4 A PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA COMO COROLÁRIO DOS PRINCÍPIOS DA ECONOMIA PROCESSUAL E INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO	86
3.5 PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA E O INTERESSE DE AGIR	88
3.6 A PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	91

3.7 A PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA E O PRINCÍPIO DEVIDO PROCESSO LEGAL ..	93
3.8 A PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	95
3.9 A PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA E O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA.....	98
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	100
REFERÊNCIAS	105

INTRODUÇÃO

Muitos são os direitos do acusado no Processo Penal brasileiro. Este, prima pelo princípio da presunção de inocência, e pela dignidade da pessoa humana. Uma importante garantia do Direito Penal são as causas de extinção de punibilidade, e, uma delas é o instituto da prescrição, previsto no inciso IV do artigo 107 do Código Penal, que é a perda da pretensão punitiva estatal pelo decurso de determinado lapso temporal previsto em lei. Dessa forma, o Estado, único detentor do poder de punir, não pode mais exercê-lo no caso específico, por ter ficado inerte quando deveria agir.

O Direito Penal tem o condão de interferir nos direitos mais valiosos da pessoa tanto da vítima quanto do acusado, sendo que a possibilidade de interpretações diversas, externadas em julgados, a casos fáticos semelhantes, causam a instabilidade do Poder Judiciário, abalando a segurança jurídica.

Nesse cenário surge a prescrição da pretensão punitiva em perspectiva, criação doutrinária e jurisprudencial brasileira, na qual o magistrado levando em consideração circunstâncias judiciais e legais favoráveis ao réu no caso concreto, supõe que caso o réu seja condenado, a provável pena ficará muito próxima do mínimo previsto, e percebendo que o processo seria atingido pela prescrição retroativa, se antecipa, e já o encerra com base na prescrição penal em perspectiva.

A prescrição em perspectiva é um assunto controvertido, sendo causa de grandes discussões doutrinárias e jurisprudenciais. Os que defendem sua legalidade entendem que sua aplicação obedece ao que está contido em vários princípios como: o da razoável duração do processo, da economia processual, instrumentalidade do processo, dignidade da pessoa humana e também no que tange às condições da ação, pois se já é possível prever que o acusado não cumprirá a pena, não haveria interesse de agir, uma vez que o processo não alcançaria a finalidade proposta pelo autor.

De outro lado, há os que entendem que a prescrição em perspectiva é inadmissível, uma vez que ofende aos princípios da legalidade processual, presunção de inocência e da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal. Esse entendimento foi sumulado pelo STJ na

súmula n. 438.

É justamente esse o objetivo da presente pesquisa, analisar a possibilidade de aplicação da prescrição da pretensão punitiva em perspectiva no ordenamento jurídico penal brasileiro.

A escolha do tema foi realizada por despertar o interesse do autor em desvendar as possíveis contradições referentes ao assunto, por ser um tema de grande importância prática em um processo criminal, também por se tratar de conteúdo com relevantes controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, uns entendem pela perfeita possibilidade de utilização da prescrição penal em perspectiva no ordenamento jurídico penal brasileiro, outros com o pensamento diverso.

Como o Direito Penal tem a capacidade de criar crimes e cominar penas, inicialmente serão abordados conceitos e teorias do crime e da pena, a fim de demonstrar com maiores detalhes as teorias adotadas pelo Direito Penal Brasileiro. Também será evidenciado o poder de punir do Estado, demonstrando o significado de punibilidade e suas causas de extinção. Como a prescrição é uma das causas de extinção da punibilidade, encerra-se o capítulo com um conceito analítico da prescrição penal, no qual é conceituada a prescrição penal em perspectiva.

A aplicação do Direito Penal material é efetivada por meio do Direito Processual Penal. Este disciplina os procedimentos a serem adotados durante a persecução penal. Nesta senda, o segundo capítulo desse trabalho abordará o aspecto processual penal, para isso, perpassará seus princípios informadores e conceituará a ação penal, bem como enfatizará às condições da ação penal, as quais têm fundamental importância na solução do problema a ser desvendado.

O capítulo final desta pesquisa aprofunda o conhecimento acerca da prescrição penal em perspectiva, expõe os argumentos que militam em favor da possibilidade jurídica de sua aplicação e também os fundamentos contrários que a impedem, para isso, serão demonstrados julgados favoráveis e contrários a este instituto jurídico. Assim, ao findar as explanações, o autor extrai entendimento fundamentado na pesquisa realizada demonstrando as razões jurídicas que o levaram a tal conclusão.

A pesquisa acadêmica sobre temas controvertidos no direito possibilita à sociedade, e ao meio acadêmico, o despertar e o engajamento na busca de soluções científicas para problemas de ordem jurídica que influenciam direta ou indiretamente a vida de cada cidadão.

E, a prescrição da pretensão punitiva em perspectiva não é diferente, pois o seu emprego, ou não, tem influência direta na liberdade do indivíduo e no direito/dever de punir do Estado, e ainda, tem estreita relação com os direitos e garantias fundamentais previstos constitucionalmente. Dessa maneira, é de suma importância o conhecimento da questão em debate para que surjam soluções adequadas e condizentes com o ordenamento jurídico brasileiro.

1 O PODER DE PUNIR DO ESTADO

O ser humano por sua própria natureza é um ser social, se desenvolvendo em convívio coletivo e, para que essa coletividade seja próspera e entre seus componentes haja um respeito mútuo, é necessário impor normas a serem seguidas para a sobrevivência e a manutenção da paz, mantendo consequentemente a ordem social (PRADO; CARVALHO, E.; CARVALHO, G., 2014, p. 63).

Mesmo com a presença dessas normas, há vários momentos de conflitos em um grupo, pois o homem também é um ser violento, e, dessa maneira, muitas vezes acaba por infringir as normas criadas para uma melhor convivência. Assim, observa Bitencourt (2010, p. 31) que “as relações humanas são contaminadas pela violência, necessitando de normas que as regulem”, asseverando ainda que “o fato social que contrariar o ordenamento jurídico constitui ilícito jurídico, cuja modalidade mais grave é o ilícito penal”.

Por isso, dentro do ordenamento jurídico de uma determinada sociedade estão inseridas as normas que buscam definir as ações que atingem com mais gravidade a vida da sociedade, quais sejam, as normas penais.

Com vista a evitar a desobediência às normas penais, aplica-se uma pena ao seu transgressor, sendo que em épocas passadas essa punição era aplicada pelo próprio ofendido ou outra pessoa qualquer, e na atualidade, esta sanção é de competência do Estado, que é o encarregado do dever de punir o agente que comete o delito.

Os doutrinadores Prado, Érika Carvalho e Gisele Carvalho (2014, p. 63) assim apregoam:

Toda realidade ou experiência jurídica encerra valores relativos a certo momento histórico e social. Como tudo que é elaborado pelo homem detém plenitude de sentidos ou de fins, deve ser portadora de uma teleologia própria. Encontra-se inserta no mundo da cultura- espiritual e histórica-, como parte da experiência que compreende as obras humanas.

Nessa linha histórica, o tempo é o agente que modifica e disciplina o comportamento humano em determinados períodos, uma vez que a cultura de determinado grupo é influenciada pelo modo de vida, ambiente e vários outros fatores. Portanto, as mudanças que ocorrem durante o transcorrer do tempo sempre atuam como fatores determinantes e refletem nas normas que regem a sociedade.

Assim, com o avanço da sociedade e da ciência, proporcionando a conquista de novos valores, e com o advento do pacto social, as pessoas submeteram suas vontades aos interesses da sociedade em geral, confiando ao Estado a jurisdição, em busca de uma maior garantia de inviolabilidade dos direitos individuais.

Hoje, o Estado é quem detém o poder de punir aquele que comete uma infração penal, esse

poder é entendido de forma abstrata e concreta.

O poder de punir quando visto de forma abstrata se perfaz na legitimidade que o Estado possui em definir as normas penais, disciplinando as condutas definidas como crime, desta forma, em um Estado Democrático de Direito o poder estatal é investido com legitimidade popular para criar os tipos penais, dando origem ao direito penal objetivo, que são as normas penais dispostas em lei, ou seja, “do ponto de vista objetivo, o Direito Penal (*jus poenale*) significa não mais do que um conjunto de normas que definem os delitos e as sanções que lhes correspondem, orientando, também, sua aplicação” (PRADO; CARVALHO, E.; CARVALHO, G., 2014, p. 66).

Já o poder de punir visto de forma subjetiva ou concreta, consiste no dever estatal de buscar à punição do criminoso no caso concreto. Destarte, quando há o cometimento de um crime, o Estado tem o poder/dever de punir o delinquente, sendo que esta persecução penal está prevista no ordenamento jurídico e é realizada pelos órgãos públicos estatais.

Nas lições de Bitencourt (2010, p. 35) “o Direito Penal subjetivo, isto é, o direito de punir, é limitado pelo próprio Direito Penal objetivo, que estabelece os seus limites, e pelo direito de liberdade assegurado constitucionalmente a todos os indivíduos”.

Com isso o direito de punir não pode sobrepor-se ao direito penal objetivo e muito menos aos direitos individuais constitucionalmente previstos, pois, em um Estado Democrático deve-se respeitar todas as garantias do indivíduo, sendo imposta a sanção penal somente quando extremamente necessária.

A conquista do Estado Democrático de Direito fez com que os direitos fundamentais ascendessem a um patamar elevado de proteção, porquanto, a sociedade deve estar protegida de qualquer tipo de arbitrariedade. O Estado, conforme a nova ordem social, deve sempre prezar pelas garantias aos direitos dos cidadãos, protegendo-os de arbitrariedades e primar pela dignidade do ser humano.

Dessa forma, como o Direito Penal tipifica as condutas mais ofensivas praticadas pelo homem, o Estado tem o dever de buscar a punição dos infratores, uma vez que é o único detentor do poder/dever de punir.

No entanto, ele não pode punir por seu livre arbítrio, desenfreadamente, apenas com o intuito de dar uma resposta para a sociedade, deixando de observar as normas legais, pois, se assim procedesse, levaria à falência o sistema democrático, uma vez que os direitos fundamentais seriam lesados pelo próprio poder público.

Dá-se, que o direito de punir é limitado em obediência aos direitos individuais do cidadão, e o Direito Penal objetivo somente será legítimo se for condizente com as garantias inerentes ao Estado Democrático de Direito respeitando aos princípios constitucionais inerentes a este modelo estatal (BITENCOURT, 2010, p. 39).

Isto ocorre porque o Estado Democrático de Direito contém os princípios/ditames que disciplinam a forma que a República Federativa do Brasil escolheu para reger e disciplinar sua existência, deve, por conseguinte, o ordenamento jurídico pátrio ser condizente à forma de governo escolhida, e não o inverso, sendo assim, deve predominar a prevalência dos direitos fundamentais.

Por isso, quando uma pessoa é acusada de ser autora de determinado crime, ela tem a garantia de que, durante o processo, será presumidamente considerada inocente, e, somente poderá cumprir pena caso seja considerada culpada com sentença transitada em julgado. Deve o Estado proteger essas garantias e seguir o procedimento processual penal, aplicando o direito da maneira mais límpida possível.

1.1 LIMITAÇÕES AO PODER DE PUNIR DO ESTADO

O Estado como detentor do monopólio do poder de punir, pode se tornar autoritário e extrapolar esse dever, cometendo injustiças ao acusado da prática de um crime. No entanto, em um Estado Social Democrático de Direito em que a dignidade do ser humano tem valor fundamental, esse tipo de comportamento é inadmissível e, para isso, existem várias garantias e princípios que limitam o poder punitivo estatal.

1.1.1 Princípio da Legalidade

Primeiramente cumpre destacar que, conforme previsto na Constituição federal em seu artigo 22, inciso I, compete à União legislar sobre Direito Penal. O mesmo diploma legal especifica em seu artigo 5º, inciso XXXIX, que “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, continuando, o Código Penal em seu artigo 1º dispõe “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

Dessa forma, sendo a União competente para legislar sobre Direito Penal, assim o faz somente por intermédio de leis ordinárias, que se constitui da conjugação da vontade popular, representada pelos deputados federais, dos senadores, que representam os Estados e ainda com a anuência do chefe do poder executivo federal que é eleito democraticamente, sempre observando as formalidades para a criação da lei ordinária, obedecendo assim, ao princípio da legalidade e ao Estado Democrático de Direito (GRECO, 2007, p. 102).

Quando se atende a todos os requisitos exigidos constitucionalmente para a formação de uma lei ordinária, tem-se que esta lei obedece à legalidade formal, ou seja, foi constituída obedecendo aos procedimentos legais de sua criação. No entanto, em um Estado Democrático de

Direito, para que uma lei seja válida, ela deve obedecer também à legalidade material, que consiste no fato de a lei ordinária estar em consonância com o conteúdo da Constituição Federal, respeitando suas proibições, imposições e os direitos fundamentais do ser humano, resumindo, deve a legislação infraconstitucional respeitar o conteúdo material da Constituição Federal (GRECO, 2007, p. 99).

O Estado ao exercer seu direito de punir o criminoso, lida com os valores mais importantes do homem, como a liberdade e a vida. Para tentar evitar a ofensa a esses direitos fundamentais é necessária uma proteção firme que tenha capacidade de frear, com eficiência, as possíveis afrontas aos direitos individuais, sendo que o princípio da legalidade é uma das maneiras mais eficazes na limitação do poder punitivo estatal.

Sobre o tema Bitencourt (2010, p. 40) leciona que:

A gravidade dos meios que o Estado emprega na repressão do delito, a drástica intervenção nos direitos mais elementares e, por isso mesmo, fundamentais da pessoa, o caráter de *ultima ratio* que esta intervenção deve ter, impõe necessariamente a busca de um princípio que controle o poder punitivo estatal e que confine sua aplicação em limites que excluam toda arbitrariedade e excesso do poder punitivo.

Assim, para que uma pessoa seja acusada do cometimento de determinado crime é exigido que esse delito já esteja anteriormente previsto na lei penal incriminadora, do contrário, caso haja uma conduta que atente contra a sociedade mas que não tenha previsão legal, ela não pode ser considerada criminosa, pois a anterioridade da lei penal e a legalidade formal são garantias do princípio da legalidade, não se podendo criar uma lei para punir um fato que já ocorreu. Nesse sentido, Toledo (2002, p. 22) relata que: “Lex praevia significa proibição de edição de leis retroativas que fundamentem ou agravem a punibilidade”.

Em lição Bitencourt (2010, p. 41) enfatiza que:

[...] pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida.

A lei penal deve ser certa, específica e clara, evitando termos que possam confundir ou dificultar o entendimento de seu preceito, o ideal é que todos possam compreender o que determina a norma penal. No entanto, caso não exista certeza a respeito do que dispõe o preceito legal, advindo duas possíveis interpretações deve prevalecer a que beneficie o réu.

Demonstrando outro efeito do princípio em voga Greco (2007, p. 46) descreve:

[...] é terminantemente proibido, em virtude do princípio da legalidade, o recurso à

analogia quando esta for utilizada de modo a prejudicar o agente, seja ampliando o rol de circunstâncias agravantes, seja ampliando o conteúdo dos tipos penais incriminadores, a fim de abranger hipóteses não previstas expressamente pelo legislador, etc.

A proibição da aplicação da analogia em desfavor do acusado, *analogia in malam partem*, também decorre do princípio da legalidade. Ela é uma forma de suprir a lacuna da lei, aplicando ao caso concreto uma lei que disciplina uma situação semelhante. No Direito Penal não é admitida, exceto se com sua aplicação houver benefícios para o acusado, *analogia in bonam partem* (PRADO; CARVALHO, E.; CARVALHO, G., 2014, p. 156 - 157).

Dessa forma, é evidentemente possível a aplicação da analogia *in bonam partem* em casos de normas que extinguem a punibilidade do acusado, como na hipótese de prescrição penal, uma vez que na ocorrência de situação que não esteja disciplinada em lei, deve-se aplicar disposição legal semelhante, claro, se dessa aplicação decorrer benefício ao acusado.

O princípio da legalidade também tem o significado de reserva absoluta de lei, uma vez que, somente o poder legislativo, atendendo aos preceitos estabelecidos constitucionalmente e observando os critérios de formação da lei ordinária, poderá criar crimes e estabelecer a cominação das sanções penais, afastando-se desta competência outras fontes do direito que não são leis em sentido estrito (MIRABETE; FABBRINI, 2006, p. 38).

Tendo em vista a importância dos bens envolvidos, somente por meio da reserva absoluta de lei podem ser criados os tipos penais. Tal competência é do poder legislativo federal, o qual deve se nortear com base em sua legitimação democrática para o exercício do poder legiferante.

Com esse entendimento, decorre que está afastada a possibilidade de acolhimento do direito consuetudinário em âmbito penal. No entanto, essa compreensão não pode ser absoluta, uma vez que a aplicação do costume, quando ajuda na interpretação da norma ou beneficia o agente, pode ser acolhida, passando a ser fonte legítima do Direito Penal.

Toledo (2002, p. 25) explica tal entendimento:

Não se deve, entretanto, cometer o equívoco de supor que o direito costumeiro esteja totalmente abolido do âmbito penal. Tem ele grande importância para elucidação do conteúdo dos tipos. Além disso, quando opera como causa de exclusão da ilicitude (causa supralegal), de atenuação da pena ou da culpa, constitui verdadeira fonte do direito penal. Nessas hipóteses, como é óbvio, não se fere o princípio da legalidade por não se estar piorando, antes melhorando, a situação do agente do fato.

O direito costumeiro, então, pode ser aplicado no campo do Direito Penal, não para determinar crimes, mais para ajudar na compreensão do conteúdo dos tipos e também em casos que melhorem a condição do acusado, como nas causas de exclusão da ilicitude ou atenuação da pena.

A aplicação do princípio da legalidade, como se observa, tem como principal característica

a proteção ao jurisdicionado, para evitar que suas garantias sejam violadas por atos autoritários e ilegais, buscar a fiel proteção aos direitos fundamentais, e sempre atender aos aspectos formal e material da legalidade.

Conforme se verificou com o estudo a respeito do princípio da legalidade penal, este precisa estar inserido no âmbito do Estado Democrático de Direito, limitando o poder de punir estatal. Sua aplicação deve ser inflexível aos casos em que possa haver prejuízo para o acusado, mas, essa rigidez pode ser abrandada quando se refere a situações em que haja benefícios ao acusado, visto que, seu objetivo é exatamente o de proteger o réu em face do *jus puniendi* do Estado.

1.1.2 Princípio da Intervenção Mínima

Também chamado de última *ratio*, esse princípio conforme estabelece Bitencourt (2010, p. 43) tem a seguinte importância:

[...] orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legítima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável.

Sendo assim, o direito penal só deve ser utilizado passando a incriminar determinada conduta, quando, devido a gravidade do fato, e ao seu teor de ofensa à sociedade, não for possível resolver o problema por outro meio judicial ou extrajudicial. Como a sanção penal, em regra, entra na esfera dos direitos mais importantes do acusado, como o direito à liberdade, essa punição somente deve ser utilizada quando não for possível outro meio de solução do conflito.

O princípio da intervenção mínima acaba por orientar o legislador no momento da criação das condutas consideradas criminosas, para limitar o poder punitivo estatal. Sua aplicação evita o descrédito do Direito Penal, pois, com a incriminação de qualquer conduta sem uma análise criteriosa a respeito de sua ofensividade social, poderia ocorrer a banalização da pena, que muitas vezes não seria cumprida e tampouco imposta pelos magistrados, tendo em vista a desnecessidade de uma sanção penal para seu controle, podendo ser resolvido na esfera cível ou administrativa por exemplo.

Do princípio da intervenção mínima, decorrem outros correlatos, como o da insignificância, da fragmentariedade e o da ofensividade, eles permitem ao magistrado, no caso concreto, excluir a tipicidade, não aplicando a pena, uma vez que apesar da conduta criminosa estar formalmente prevista em lei, não há ofensividade ou lesividade à ordem pública e à

sociedade (NUCCI, 2012, p. 93).

Conforme já exposto, em um Estado Democrático de Direito, prima-se pela liberdade do indivíduo, sendo esta, interrompida somente em casos excepcionais, em que seja necessário, face à gravidade da lesão provocada e seu reflexo na sociedade. Nesse sentido, com base no do princípio da intervenção mínima, caso não haja lesão ou esta seja ínfima, desnecessária a aplicação de pena.

1.2 TEORIAS DO CRIME

Inicialmente, cumpre ressaltar que não há na legislação brasileira um conceito para crime, a Lei n. 3.914/41, Lei de Introdução ao Código Penal Brasileiro, em seu artigo 1º, o define como: “considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente”. No entanto, não há base científica nessa definição, mas apenas uma forma de diferenciar crime de contravenção penal.

Dessa forma, a tarefa de buscar o conceito de crime é doutrinária, o crime não pode ser analisado de maneira natural, física, não há como constatá-lo apenas sensitivamente como ocorre em uma experiência química. Por conseguinte, Nucci (2012, p. 174) apregoa que: “Inicialmente, cumpre salientar que o conceito de crime é artificial, ou seja, independe de fatores naturais, constatados por um juízo de percepção sensorial, uma vez que se torna impossível classificar uma conduta, ontologicamente, como criminosa”.

Não há uma fórmula específica para identificar o crime, é de fácil constatação que não tem como entender o delito sem seu caráter axiológico, como exemplificação, pode-se especificar fatos que em determinado período histórico eram considerados crimes e na contemporaneidade não o são, um exemplo simples e atual é o adultério, que há pouco tempo era tipificado como crime e hoje não tem mais essa classificação.

Nos caminhos percorridos para encontrar o conceito de crime, vários aspectos foram abrangidos, dentre os principais cumpre demonstrar os mais importantes, quais sejam: conceito formal ou nominal, conceito material e conceito analítico.

No que se refere ao aspecto material, o crime é a conduta que a sociedade entende como gravemente ofensiva à sua sobrevivência harmônica, é o fato reprovado pela comunidade que se sente atingida de forma tão grave que entende em seu íntimo ser aquele acontecimento um crime. De tal modo ensina Nucci (2012, p. 174):

É a concepção da sociedade sobre o que pode e deve ser proibido, mediante a aplicação de sanção penal. É, pois, a conduta que ofende um bem juridicamente tutelado, merecedora de pena. Esse conceito é aberto e informa o legislador sobre as condutas que merecem ser transformadas em tipos penais incriminadores.

Dessa forma, o conceito material dá especial atenção ao fato ocorrido e a sua repercussão na sociedade, para, a partir desse ponto, valorar se a conduta é reprovável a ponto de ser considerada como criminosa.

Pelo conceito formal, crime são todos os fatos previstos nas normas penais incriminadoras, razão porque se considera crime o que está previsto em lei, ou, conforme assevera Greco (2011, p. 27), “seria toda conduta que atentasse, que colidisse frontalmente contra a lei penal editada pelo Estado”.

Em um sentido lógico, acaba por ser a formalização do que é considerado crime em aspecto material, pois, o legislador cumprindo o seu dever, acata o clamor social e insere como lei penal incriminadora a conduta reprovada pela sociedade.

No entanto, nem sempre isto acontece, uma vez que pode ocorrer uma norma incriminadora em que a sociedade não valora a conduta tipificada como criminosa, havendo o crime apenas em seu conceito formal, porquanto, não ocorrerá o delito em seu conceito material.

O conceito analítico pressupõe a aplicação do método científico analítico, no qual o objeto de estudo é decomposto, dividido, para que possa ser feita sua análise por partes, de maneira a obter o melhor conhecimento possível de suas facetas. Ao destrinchar os elementos que compõem o crime torna-se mais eficiente à compreensão e o conhecimento do instituto por completo. É o entendimento dos autores abaixo:

A questão aqui é de ordem metodológica: emprega-se o método analítico, isto é, decomposição sucessiva de um todo em suas partes, seja materialmente, seja idealmente, visando a agrupá-las em uma ordem simultânea. Opõe-se ao método sintético que avança por tese, antítese e síntese (PRADO; CARVALHO, E.; CARVALHO, G., 2014, p. 204).

No mesmo sentido, Greco (2011, p. 27) assevera que: “O conceito analítico do crime procura, como sua própria denominação sugere, analisar os elementos ou características que integram a infração penal, permitindo ao intérprete, após sua averiguação, concluir ou não pela sua prática”.

Nesse diapasão, o conceito analítico de crime é um estudo científico mais refinado do crime, busca entender quais seus componentes e define-os, de forma que, com a ocorrência do fato, passa-se a ser feita a subsunção à lei incriminadora, de maneira a comparar e valorar cada aspecto separadamente para, após, concluir se a conduta foi realmente criminosa.

1.2.1 Concepções do conceito analítico do crime

O conceito analítico de crime pode ser compreendido de formas distintas, e a doutrina elenca várias concepções desse conceito, as mais importantes serão brevemente elencadas a seguir:

a) Concepção bipartida: para essa teoria o crime é um fato típico e antijurídico, a culpabilidade não faz parte do crime, sendo apenas pressuposto para a aplicação da pena (NUCCI, 2012, p. 176).

Sofre influência da teoria finalista da ação, pois o dolo e a culpa estão presentes no fato típico, por conseguinte, a imputabilidade, a exigibilidade de atuar conforme o direito e a potencial consciência da ilicitude são apenas pressupostos para a aplicação da pena, não integrando o conceito de crime.

b) Concepção tripartida Clássica: aqui também há influência da teoria finalista da ação, conforme já abordado. Sendo assim, o dolo e a culpa estão incluídos no conceito de fato típico e se encontra dentro da conduta finalística. No entanto, a culpabilidade que na concepção bipartida não faz parte do crime, aqui passa a integrá-lo.

Nucci (2012, p. 175) explica que a concepção tripartida o crime:

Trata-se de uma conduta típica, antijurídica e culpável, vale dizer, uma ação ou omissão ajustada a um modelo legal de conduta proibida (tipicidade), contrária ao direito (antijuridicidade) e sujeita a um juízo de reprovação social incidente sobre o fato e seu autor, desde que existam imputabilidade, consciência potencial de ilicitude e exigibilidade e possibilidade de agir conforme o direito.

Destarte, para que haja crime o agente deve ser imputável, ter potencial consciência da ilicitude da conduta e ser exigível e possível agir conforme o direito, pois, caso não ocorram essas características, como, por exemplo, se a conduta típica for praticada por um menor de dezoito anos não haverá crime, nesse caso em específico, por ser o agente inimputável.

Se o agente do fato não é imputável, não tinha potencial consciência da ilicitude do fato e se não era possível exigir conduta conforme o direito, não seria lógico considerá-lo como criminoso.

Cumpramos ressaltar que existe outra concepção tripartida de crime, que retira a culpabilidade do conceito de crime para incluir a punibilidade. Neste sentido, Gomes (p. 85 *apud* NUCCI, 2012 p. 178):

Somos partidários, como se vê, de um sistema tripartido, mas que é distinto do clássico ‘fato típico, antijurídico e culpável’. A culpabilidade, na verdade, não faz parte da teoria do delito (do fato punível). É fundamento da pena. De outro lado, jamais existe delito (no nosso Direito Penal) sem a ameaça de pena (sem punibilidade).

Dessa forma, a culpabilidade passa a ser pressuposto da sanção e a punibilidade está inserida no conceito de crime, uma vez que não há crime sem pena. Porém, a concepção tripartida clássica é majoritária na doutrina e jurisprudência brasileiras.

O Direito Penal brasileiro que deve obedecer e zelar pelas garantias e direitos individuais previstos constitucionalmente, toma o conceito de crime em sua concepção tripartida seguindo a teoria finalista da ação.

1.2.2 Conceito de crime adotado pelo Código Penal

Com a assimilação do que é o conceito analítico de crime, importante conhecer que a maior parte da doutrina entende que o este é o aceito no Direito Penal brasileiro, e está inserido em uma concepção tripartida, segundo uma visão finalista da ação. Dessa forma, crime é o fato típico, antijurídico e culpável (GRECO, 2007, p. 142).

A seguir serão estudadas as peculiaridades do conceito analítico tripartido de crime em consonância com a teoria finalista da ação, na qual o crime é um fato típico, antijurídico e culpável.

O **fato típico** é composto por quatro elementos que são: a conduta, o resultado, o nexo de causalidade e a tipicidade:

a) **Conduta**: como observa Nucci (2012, p. 206) conduta é “[...] a ação ou omissão, voluntária e consciente, implicando em um comando de movimentação ou inércia do corpo humano, voltado a uma finalidade”.

A conduta é a ação ou omissão humana que objetiva um fim, podendo ser dolosa ou culposa, há dolo quando o agente quer diretamente o resultado, a culpa é verificada quando o resultado ocorre por imprudência, imperícia ou negligência. O Código Penal, no parágrafo único do artigo 18, diz que somente haverá punição a fatos culposos quando expressamente previstos em lei (GRECO, 2007, p. 150).

Esse conceito de conduta é atribuído à teoria finalista da ação, pois, segundo ela, o homem ao atuar, seja de forma omissiva ou comissiva, sempre tem uma finalidade qualquer, podendo ser lícita ou ilícita. O homem, por ter o conhecimento e inteligência, consegue compreender que sua ação ou omissão desencadeia uma relação de causalidade no mundo natural que atingirá uma finalidade almejada, ele sabe que colocando veneno na comida de seu desafeto poderá provocar a morte dessa pessoa. Assim, a conduta sob uma visão finalista tem sempre um objetivo, ou seja, é uma conduta para alcançar uma finalidade desejada.

b) **Resultado**: o resultado pode ser obtido pelo critério naturalístico e jurídico, no primeiro

caso ocorre uma modificação no mundo exterior perceptível pelos sentidos, a consumação só ocorre com o efetivo resultado, sob o aspecto do resultado jurídico advém uma modificação no mundo jurídico podendo ocorrer dano efetivo ou em potencial a um interesse protegido juridicamente (NUCCI, 2012, p. 212).

Os crimes que exigem um resultado naturalístico como o delito de homicídio, no qual a morte do ser humano caracteriza sua consumação, são chamados de crimes de resultado. Já os crimes que exigem apenas o resultado jurídico para sua constatação são conhecidos como crimes formais e de mera conduta.

Nos crimes formais, o resultado naturalístico pode ocorrer, mas não o é exigido para que o crime seja configurado, estando realizado o crime no mesmo instante em que a conduta é praticada. Já nos crimes de mera conduta, a lei não prevê qualquer resultado naturalístico, o crime ocorre apenas com a previsão de uma conduta (MIRABETE; FABBRINI, 2006, p. 125).

Dessa maneira, o artigo 13, do Código Penal, ao prever a existência de resultado para a ocorrência do crime, está se referindo ao resultado naturalístico e jurídico, pois, caso referisse apenas ao resultado naturalístico, não estaria em conformidade com os crimes formais e de mera conduta, que estão previstos na parte especial no mesmo diploma legal.

c) Nexo de causalidade: Greco (2007, p. 215) relata que:

O nexu causal, ou relação de causalidade, é aquele elo necessário que une a conduta praticada pelo agente ao resultado por ela produzido. Se não houver esse vínculo que liga o resultado à conduta levada a efeito pelo agente, não se pode falar em relação de causalidade e, assim, tal resultado não poderá ser atribuído ao agente, haja vista não ter sido ele o seu causador.

O nexu de causalidade possibilita identificar se a conduta do agente foi a responsável pelo resultado, esse vínculo da conduta com o resultado é chamado de nexu de causalidade. Comprovando que a conduta do acusado não é a responsável pela ocorrência do resultado, não poderá este ser responsabilizado pelo crime.

A teoria adotada pelo Código Penal para explicar o nexu de causalidade é a teoria da equivalência das condições (*conditio sine qua non*), segundo ela, causa é toda ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Como essa teoria levaria a conclusões absurdas, pois, conforme sua lógica a mãe do criminoso é também responsável pelo crime, pois, caso não tivesse gerado o agente o crime não teria ocorrido. Dessa forma, para evitar essas conclusões, deve-se interromper o nexu de causalidade no momento em que não estiver presente o dolo ou a culpa com relação às pessoas que tenham contribuído para a ocorrência do resultado (BITENCOURT, 2010, p. 288 - 289).

Nesse sentido, o dolo e a culpa são os responsáveis por interromper o nexu de causalidade,

não podendo ter responsabilidades pelo fato criminoso quem contribuiu para sua ocorrência sem dolo ou culpa.

d) Tipicidade: para melhor compreendê-la urge demonstrar o conceito de tipo penal, que, conforme ensina Zaffaroni (1996, p. 371, *apud* GRECO, 2007, p. 155) é: “um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes”.

O tipo penal é decorrência da garantia do princípio da legalidade, no que se refere a aplicação da reserva absoluta de lei para a previsão das condutas consideradas criminosas, em que somente o poder legislativo por meio de lei ordinária poderá elencar as condutas criminosas, ou seja, os tipos penais.

A tipicidade, para Mirabete e Fabbrini (2006, p. 102) é “a correspondência exata, a adequação perfeita entre o fato natural, concreto, e a descrição contida na lei”.

Greco (2007, p. 156) relata que “Tipicidade quer dizer, assim, a subsunção perfeita da conduta praticada pelo agente ao modelo abstrato previsto na lei penal, isto é, a um tipo penal incriminador [...]”.

A tipicidade é o encaixe do fato com o tipo penal. O tipo penal alerta os cidadãos, elencando as condutas criminosas, e, quando uma pessoa realiza um fato que se amolda perfeitamente ao que está previsto na lei penal incriminadora, ocorre a tipicidade, que é indício de que o fato é contrário as normas penais.

O segundo elemento do crime pelo conceito analítico tripartido é a **antijuridicidade ou ilicitude**. O doutrinador Nucci (2012, p. 258) conceitua a ilicitude dizendo que:

É a contrariedade de uma conduta com o direito, causando efetiva lesão a um bem jurídico protegido. Trata-se de um prisma que leva em consideração o aspecto formal da antijuridicidade (contrariedade da conduta com o Direito), bem como o seu lado material (causando lesão a um bem jurídico tutelado).

A antijuridicidade, desse modo, é a contrariedade da conduta com o ordenamento jurídico como um todo. Deve ser levado em consideração não apenas a contrariedade formal da conduta, mais também seu aspecto material.

Há doutrinadores que não entendem que a ilicitude compreende o aspecto formal e material, uma vez que, para a norma penal existir é porque visa proteger um bem considerado relevante, assim, a conduta que contrariar essa norma penal, consequentemente estará causando lesão ao bem tutelado (GRECO, 2007, p. 314).

Quando uma pessoa pratica uma conduta que se se amolda ao tipo penal, em regra, essa conduta também será ilícita, no entanto, há situações em que devido às circunstâncias em que tal conduta típica foi praticada o próprio direito às consideram como lícitas. A essas situações dá-se o

nome de causas excludentes da ilicitude.

As causas excludentes de ilicitude excluem a antijuridicidade do fato típico e estão previstas na Parte Geral do Código Penal, na Parte Especial, em legislação extrapenal e também há causas supraleais, que não são previstas expressamente em lei (NUCCI, 2012, p. 259).

A seguir serão demonstradas as quatro causas previstas na parte geral do Código Penal em seu artigo 23, quais sejam: o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito. As outras causas não serão tratadas nesse trabalho, visto que, não é esse o seu principal objetivo.

O **estado de necessidade** está previsto no artigo 24, do Código Penal, assim disposto: “Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia por outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”. Deve-se perceber que ambos os bens devem estar protegidos pelo ordenamento jurídico, tanto o sacrificado quanto o preservado, mas que, devido as circunstância há a prevalência de um sobre o outro.

A **legítima defesa** está disposta no artigo 25 do Código Penal, assim descrita: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”. Falando sobre o tema, Asúa (p. 190, *apud* Nucci, 2012, p. 268) preconiza “é a repulsa da agressão ilegítima, atual ou iminente, por parte do agredido ou em favor de terceira pessoa, contra o agressor, sem ultrapassar a necessidade da defesa e dentro da racional proporção dos meios empregados para impedi-la ou repeli-la”.

Como o Estado não pode estar em defesa das pessoas a todo momento, há casos em que é lícito ao indivíduo realizar sua própria defesa. Evidente que devem ser observados os requisitos legais para que isso ocorra, tendo em vista a impossibilidade de buscar socorro no poder público.

O **estrito cumprimento do dever legal** está disposto na primeira parte do inciso III, do artigo 23, do Código Penal. Não há um conceito legal para essa causa de exclusão da ilicitude. Em seus ensinamentos Bitencourt (2010, p. 379) alvitra que: “Quem pratica uma ação em cumprimento de um dever imposto por lei não comete crime. Ocorrem situações em que a lei impõe determinada conduta e, em face da qual, embora típica, não será ilícita, ainda que causar lesão a um bem juridicamente tutelado”.

Não pode a lei impor um dever a um indivíduo e conseqüentemente punir essa pessoa por ter agido conforme a legalidade, observa-se essa excludente, por exemplo, quando a polícia usa de violência necessária para prender uma pessoa em flagrante delito.

Como última causa excludente de ilicitude abordada nesse trabalho, tem-se o **exercício regular de direito**, que está previsto na segunda parte do inciso III, do artigo 23, do Código Penal.

O exercício regular de um direito é quando a lei torna lícita uma conduta a princípio ilícita, quando um indivíduo exercita um direito autorizado pelo ordenamento jurídico, não deve se acusado de praticar um crime. Esse direito exercido deve ser interpretado de maneira ampla, uma vez que se trata de excludente de ilicitude e não de norma incriminadora (NUCCI, 2012, p. 288).

Caso o cidadão possa exercer um direito permitido pelo ordenamento jurídico, não pode esse fato ser considerado crime pelo mesmo ordenamento, assim, quando o pai corrige seu filho impondo um castigo aceito pela norma, por exemplo, está no exercício regular de um direito.

Completando o conceito de crime, é exigido que o fato seja **culpável**, a culpabilidade é aferida após serem analisados o fato típico e a antijuridicidade. Nesse sentido, dolo e culpa não fazem parte da culpabilidade uma vez que são analisados na conduta quando da observação do fato típico.

A culpabilidade, sob o enfoque finalista, é explicada pela teoria normativa pura, depreende-se dela que, a culpabilidade é um juízo axiológico de reprovação realizado pela sociedade, que recai sobre o fato concretizado e seu autor, devendo o agente do fato preencher os requisitos de ser imputável, atuar com consciência potencial de ilicitude, bem como ter a possibilidade e a exigibilidade de atuar conforme o direito, caso uma dessas condições não seja atendida, o fato não será considerado criminoso, pois o agente não praticou crime (NUCCI, 2012, p. 304).

Em seus estudos Greco (2007, p. 383) conclui dizendo: “[...] a culpabilidade, ou seja, o juízo de censura que recai sobre a conduta típica e ilícita, é individual, pois o homem é um ser que possui sua própria identidade, razão pela qual não existe um ser igual ao outro”. Isso demonstra que as peculiaridades de cada ser humano, devem ser levadas em consideração na aferição da culpabilidade, para entender se o agente poderia ter agido de outra forma.

Para que o crime exista ele deve ser culpável, e para que seja, o seu autor deve ser imputável, deve ter potencial consciência sobre a ilicitude do fato e deve ser exigível conduta diversa nas circunstâncias em que ocorreu o fato.

Com a análise do conceito analítico tripartido de crime sob a influência da teoria finalista da ação, que é adotada pelo Código Penal brasileiro, é visível que o magistrado realiza um papel de suma importância no julgamento de um processo penal, pois, para condenar ou absolver um acusado, deverá realizar uma análise dos elementos do crime. Nesse ínterim, analisará os elementos do fato típico, a antijuridicidade e a culpabilidade de modo a ter pleno conhecimento da causa colocada em juízo.

Dessa maneira, o juiz, mais do que ninguém, terá pleno conhecimento do caso em concreto, sabendo de antemão, pela análise das provas e pelas circunstâncias do caso, o destino do processo, e no caso de provável condenação terá parâmetros seguros para prever a provável pena.

1.2.3 Teoria clássica do crime

Devido a influência do positivismo e a confiança de que os métodos empíricos poderiam resolver os problemas jurídicos de forma satisfatória, como obtinham as ciências naturais, aplicou-se ao crime um conceito mais objetivo, de forma naturalística.

Nesse sentido Bitencourt (2010, p. 246) escreve:

O conceito clássico de delito foi produto do pensamento jurídico característico do positivismo jurídico, que afastava completamente qualquer contribuição das valorações filosóficas, psicológicas e sociológicas. Essa orientação, que pretendeu resolver todos os problemas jurídicos nos limites exclusivos do Direito positivo e de sua interpretação, deu um tratamento exageradamente formal ao comportamento humano que seria definido como delituoso. Assim, a ação, concebida de forma puramente naturalística, estruturava-se com um tipo objetivo-descritivo, a antijuridicidade era puramente objetivo-normativa e a culpabilidade, por sua vez, apresentava-se subjetivo-descritiva.

A conduta para a teoria clássica é um movimento físico ocasionado pela vontade do autor, porém, o ânimo que ocasionou essa ação não tem importância, pois o dolo e a culpa estão inseridos na culpabilidade. Dessa forma, essa teoria não consegue responder satisfatoriamente algumas questões como a tentativa de homicídio, pois nesta o dolo está previsto no próprio tipo.

A teoria clássica da ação enxerga o crime de forma tripartida, sendo composto pela tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, no entanto, em tal teoria a tipicidade e a antijuridicidade são desprovidas de subjetividade, a conduta não possui elementos subjetivos em seu conceito, bastando a ocorrência do fato e o nexo de causalidade com o resultado para ficar configurado a tipicidade e a antijuridicidade, o dolo e a culpa encontram-se na culpabilidade compondo a parte subjetiva do delito.

1.2.4 Teoria neoclássica do crime

O modelo neoclássico não mudou a estrutura do crime, apenas o reformulou, agregando novas perspectivas oriundas de uma corrente filosófica de pensamento denominada de neokantismo, ela não se prendia ao positivismo jurídico, mas também não o abandonava. Portanto, o crime continuou sendo um fato típico, antijurídico e culpável. Somente a estrutura desses elementos foi alterada.

Conforme Bitencourt (2010, p. 248):

O conceito neoclássico corresponde à influência no campo jurídico da filosofia neokantiana, dando-se especial atenção ao normativo e axiológico. Foi substituída a coerência formal de um pensamento jurídico circunscrito em si mesmo por um conceito de delito voltado para os fins pretendidos pelo Direito Penal e pelas perspectivas valorativas que o embasam.

Com o novo pensamento encampado pelo neokantismo, o Direito Penal não era mais analisado de maneira totalmente neutra, como se fosse uma ciência natural, houve a inserção de fatores valorativos, uma vez que o Direito não é uma ciência exata e sim humana e, como tal, sofre influência do meio social não podendo ser separada totalmente deste.

Por conseguinte, para a teoria neoclássica a ação passa a ter elemento axiológico, assim evidencia Aguado (1998, p. 48, *apud* GRECO, 2007, p. 148): “deixa de ser absolutamente natural para estar inspirada de um certo sentido normativo que permita a compreensão tanto da ação em sentido estrito (positiva) como a omissão. Agora a ação se define como o comportamento humano voluntário manifestado no mundo exterior”.

Consequentemente, o nexos causal deixa de ser unicamente mecânico, físico, podendo ser provocado por omissão, pois, a conduta passa a ser a atuação da vontade que provoca a causalidade. Nesse sentido, o resultado é exigido, todavia, o que provoca o resultado naturalístico não necessita mais ser uma ação mecânica por parte do agente como era na Teoria Clássica, ele pode ocorrer por uma ação ou por uma omissão, porque tanto uma como a outra pode desencadear a causalidade.

Bitencourt (2010, p. 248) discorre que:

A antijuridicidade, igualmente, que representava a simples contradição formal a uma norma jurídica, passou a ser concebida sob um aspecto material, exigindo-se uma determinada danosidade social. Esse novo entendimento permitiu graduar o injusto de acordo com a gravidade da lesão produzida. Dessa forma, onde não houver lesão de interesse algum, o fato não poderá ser qualificado de antijurídico”.

A antijuridicidade passou a ser analisada de uma forma material. Para o fato ser antijurídico não basta estar em confronto com o direito, ou seja, não basta estar previsto no tipo, ele deve de fato propiciar um dano social.

A culpabilidade, que na teoria clássica era apenas psicológica (dolo e culpa), passou a ter elementos de reprovabilidade e da imputabilidade (PRADO; CARVALHO, E.; CARVALHO, G., 2014, p. 232).

A teoria neoclássica da ação que evoluiu da teoria clássica, que era extremamente naturalística, modifica o conceito de ação inserindo nela elementos normativos e axiológicos, contribuindo consequentemente para o surgimento da teoria finalista da ação.

1.2.5 Teoria finalista do crime

Precursora de grandes mudanças no conceito de crime, a teoria finalista revolucionou a teoria do crime, que, mantendo um conceito analítico, continuou sendo uma ação típica,

antijurídica e culpável, contudo, dentro dessa estrutura ocorreram relevantes mudanças.

A maior das modificações ocorreu justamente em relação a ação e a culpabilidade, como se depreende na lição de Bitencourt (2010, p. 249):

Com o finalismo, a teoria do delito encontra um dos mais importantes marcos de sua evolução. A contribuição mais marcante do finalismo, aliás, que já havia sido iniciada no neokantismo, foi a retirada de todos os elementos subjetivos que integravam a culpabilidade, nascendo assim, uma concepção puramente normativa. O finalismo deslocou o dolo e a culpa para o injusto, retirando-os de sua tradicional localização – a culpabilidade –, levando, dessa forma, a finalidade para o centro do injusto.

Com isso, o tipo tem elementos objetivos e subjetivos, passando a ser o espelho da conduta, e esta é composta de uma finalidade predeterminada. Já o dolo está inserido na conduta típica, ou seja, o resultado dessa conduta e/ou o seu fim já está na mente do agente, que vai agir de maneira a obter a finalidade pretendida.

Para Greco (2011, p. 30):

É a ação, portanto, um comportamento humano voluntário, dirigido a uma finalidade qualquer. O homem, quando atua, seja fazendo ou deixando de fazer alguma coisa a que estava obrigado, dirige a sua conduta sempre à determinada finalidade, que pode ser ilícita (quando atua com dolo, por exemplo, querendo praticar qualquer conduta proibida pela lei penal) ou lícita (quando não quer cometer delito algum, mas que, por negligência, imprudência ou imperícia, causa um resultado lesivo, previsto pela lei penal).

Dessa forma, o agente, devido ter a capacidade e conhecimento do mundo, irá agir de maneira a desencadear a causalidade para alcançar sua finalidade.

A antijuridicidade não é apenas formal, não basta estar previsto no tipo o fato para que seja antijurídico, ela também é contemplada com elemento subjetivo, que deverá ser analisado no caso concreto, pois “[...] as excludentes de antijuridicidade passam a exigir, também, um elemento subjetivo. Só pode se beneficiar da legítima defesa, por exemplo, quem pratica o fato típico sabendo que o faz para repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito próprio ou alheio” (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2014, p. 169).

No exemplo citado não basta o agente estar em uma situação em que é cabível a legítima defesa, mais ele deve saber que está enquadrado nessa situação, ou seja, há um elemento subjetivo na antijuridicidade, pois se não fosse assim estaria o agente acobertado pela exclusão da antijuridicidade, mesmo quando não sabia que estava nessa situação.

A culpabilidade não mais contém elementos subjetivos, visto que o dolo e a culpa está agora no fato típico, sendo assim, a culpabilidade é normativa, ou seja, um juízo de reprovação ao fato nas circunstâncias em que foi praticado, levando em consideração as características pessoais do agente. Junqueira e Vanzolini (2014, p. 169) elencam os elementos que passam a compor a

culpabilidade, aduzindo que “além da imputabilidade e da exigibilidade de conduta diversa, é também elemento da culpabilidade o potencial conhecimento da ilicitude, destacado que foi do conceito de dolo”.

Desse modo, pode ocorrer um fato típico, previsto em lei, realizado com dolo, antijurídico, contrário ao ordenamento jurídico, causando lesão à sociedade, e, no entanto, não ser culpável, como, por exemplo, se praticado por inimputável.

1.2.6 Teoria funcionalista do crime

Essa teoria é relativamente recente, surgiu após a segunda metade do século XX, sua unidade é dividida em vertentes de pensamentos diferentes, mas que se embasam na mesma ideia central, sendo as duas principais o normativismo teleológico defendido pelo pensador Claus Roxin e o Normativismo Sistêmico tutelado por e Gunther Jakobs.

Bitencourt (2010, p. 243) explica que:

O normativismo teleológico preocupa-se com os fins do Direito Penal, ao passo que o normativismo sistêmico se satisfaz com os fins da pena, isto é, com as consequências do Direito Penal. Em síntese, a orientação teleológica funcional norteia-se por finalidades político-criminais, priorizando valores e princípios

Em um sistema democrático, em que há relevância os direitos individuais dos cidadãos, é mais difuso e aceito o pensamento normativista teleológico, que se desenvolve de forma a rejeitar o excesso de positivismo jurídico, buscando uma leitura teleológica do direito penal, uma abertura do sistema que se encontra fechado em si mesmo, conforme explanado na lição de Gonçalves (2016):

Com efeito, os sistemas até então construídos, em sua maioria, ao menos, ainda que fundamentados de maneiras diferentes (ontologicamente ou normativamente) levavam sempre a um rígido sistema de regras, e, elaborados de forma alheia à política criminal, concebiam uma dogmática que parecia ignorar solenemente os fins do Direito Penal.

O positivismo e os conceitos jurídicos acabam por desviar a finalidade do Direito Penal, isolando o sistema jurídico, da realidade, fazendo com que o direito não atinja seu objetivo, ficando amarrado a um emaranhado de questões jurídicas conceituais e legais.

No entanto, a teoria funcionalista não anseia pelo fim do positivismo jurídico, mas busca um sistema orientado pela política criminal, em que se visualize as garantias fundamentais da pessoa e a finalidade do sistema penal, qual seja, a pena, proporcionando, consequentemente, a estabilização social. A teoria funcionalista não é adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, no entanto, é uma teoria relativamente nova e que busca mais alcançar a finalidade do Direito Penal,

abandonando um pouco o excesso de formalismo jurídico.

1.3 TEORIA DA PENA

A lei penal é composta de um preceito primário, que disciplina a conduta que é considerada criminosa, e de um preceito secundário, o qual informa a sanção possível de ser aplicada a quem praticar o fato descrito na norma penal incriminadora. A pena, portanto, é uma resposta devidamente prevista em lei ao agente que comete um delito, correspondendo às reações jurídicas aplicáveis à prática de um delito (PRADO; CARVALHO, E.; CARVALHO, G., 2014, p. 443).

Conforme Prado, Carvalho e Carvalho (2014, p. 444): “a pena é a mais importante das consequências jurídicas do delito. Consiste na privação ou restrição de bens jurídicos, com lastro na lei, imposta pelos órgãos jurisdicionais competentes ao agente de uma infração penal”.

Desse modo, a pena é a consequência do delito não se confundindo com este, deve ser aplicada ao agente do crime somente após o término do devido processo legal, sendo respeitadas todas as garantias do indivíduo.

Com o intuito de fundamentar e justificar as restrições que a pena impõe aos bens jurídicos surgiram várias teorias, as quais estão dispostas em três grandes vertentes, a saber: Teorias absolutas, Teorias Relativas e Teorias Unitárias ou Ecléticas.

a) Teorias Absolutas: essas teorias são contemporâneas ao Estado absolutista e projetavam na pena uma retribuição ao injusto praticado.

Em seus ensinamentos Roxin (1997, p. 81 - 82 *apud* GRECO, 2007, p. 489) delimita que:

[...] a teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil, senão em que mediante a imposição de um mal merecidamente se retribui, equilibra e espia a culpabilidade do autor pelo fato cometido. Se fala aqui de uma teoria “absoluta” porque para ela o fim da pena é “independente”, desvinculado de seu efeito social.

Para essa teoria, o único objeto da pena é o de punir o condenado, causando-lhe um prejuízo, um mal que seja equivalente ao mal causado oriundo de sua própria conduta, um meio de o condenado compreender que está sendo punido pelo fato de ter praticado uma agressão à sociedade e às normas jurídicas.

A pena é relacionada ao mal praticado e busca unicamente retribuir esse injusto, acabando por ter o fim em si mesmo. Esse pensamento se assemelha à compreensão religiosa do pecado, pois, quem peca, deve pagar por seu pecado e quem comete um crime deve pagar pelo mal causado.

Desse modo, “a aplicação da pena decorre de uma necessidade ética, de uma exigência absoluta de justiça, sendo eventuais efeitos preventivos alheios à sua essência” (PRADO; CARVALHO, E.; CARVALHO, G., 2014, p. 443).

A pena é utilizada para punir, não tendo outra finalidade que não seja a retribuição ao crime, pois o delinquente por ter contrariado a vontade geral sofre a consequência, punição penal, para que seja restabelecida a ordem geral. Assim, quem comete um crime tem que pagar por ele, ou seja, tem que sofrer uma sanção, que retribua o mal ao delinquente, para, dessa forma, se ver livre de sua culpa.

b) Teorias Relativas: também conhecidas como teorias preventivas da pena. Essas teorias defendem que a pena não tem um fim em si própria, mais vai além, de maneira a prevenir o cometimento do delito, seja por meio da intimidação, seja por evitar que o agente cometa novamente a ação típica.

Em suas lições Bitencourt (2010, p. 106) relata que “[...]a pena não visa retribuir o fato delitivo cometido, e sim prevenir a sua prática. Se o castigo ao autor do delito se impõe, segundo a lógica das teorias absolutas, somente porque delinuiu, nas teorias relativas à pena se impõe para que não volte a delinquir”.

Nesse diapasão, a pena sob o ponto de vista preventivo não tem como fundamento a realização da justiça, não é esse o seu intuito, mas sim o de prevenção do crime, que pode ser geral ou especial.

De acordo com Prado, Carvalho e Carvalho (2014, p. 446) a **prevenção geral** da pena:

[...] busca sua justificação na produção de efeitos inibitórios à realização de condutas delituosas, nos cidadãos em geral, de maneira que deixarão de praticar atos ilícitos em razão do temor de sofrer a aplicação de uma sanção penal. Em resumo, a prevenção geral tem como destinatária a totalidade dos indivíduos que integram a sociedade, e se orientam para o futuro, com o escopo de evitar a prática de delitos por qualquer integrante do corpo social.

Portanto, pela prevenção geral, a aplicação da pena possibilita às pessoas terem sempre em mente as condutas que são proibidas pelo ordenamento jurídico. Sendo que a resolução do problema por meio da aplicação do Direito, busca de volta a paz social abalada pelo delito, ocasiona um sentimento de segurança e de confiança no Direito Penal.

Quanto à teoria da **prevenção especial**, busca-se evitar a prática do delito a partir de uma abordagem diversa, pois, ao contrário da prevenção geral, dirige-se exclusivamente ao delinquente, objetivando que este não retorne a conduta delituosa (BITENCOURT, 2010, p. 110).

Nesse contexto, na prevenção especial da pena há uma referência à pessoa do delinquente, tendo a pena o objetivo de evitar que o criminoso volte a agir em desconformidade com as normas de Direito Penal. Nesse sentido, a pena leva em consideração as características pessoais, buscando

assim a possível reinserção da pessoa à sociedade, tendo o objetivo de ressocializar o agente ou amenizar o seu grau de periculosidade.

c) Teorias Ecléticas ou Unitárias: as teorias unitárias, afirma Bitencourt (2010, p. 112), “tentam agrupar em um conceito único os fins da pena. Essa corrente tenta recolher os aspectos mais destacados das teorias absolutas e relativas”. Consistem basicamente em uma miscigenação das teorias absolutas e relativas, uma vez que, a pena é instrumento de retribuição e ao mesmo tempo de prevenção.

Frise-se o fato de que o Direito Penal, e assim também a pena, só deverem ser aplicados como *ultima ratio*, bem como a pena deve ainda ser justa e coerente ao mal causado.

Conforme lição de Cerezo (1999 *apud* PRADO; CAVALHO, E.; CARVALHO, G., 2014, p. 454) que discorre:

Desse modo, a pena deverá ser, acima de tudo, justa e adequada, proporcional à magnitude do injusto e à culpabilidade do autor, e as considerações relacionadas à prevenção geral e à prevenção especial desempenham função *restritiva* ou *limitadora* de imposição da pena justa. Pode assim dar lugar à redução da pena aplicada ou, inclusive, levar à abstenção de sua aplicação, quando não seja considerada necessária do ponto de vista preventivo.

Assim, o caráter retributivo da pena ainda persiste, porém, a pena deve ser justa, prevista em lei e proporcional ao injusto praticado, não sendo simplesmente uma punição por ter ocorrido violação ao ordenamento jurídico. Essa pena cominada ao crime tem um limite máximo e mínimo, a partir dela incide a necessidade de prevenção geral e especial ao delito, podendo ser aumentada ou reduzida, ou até mesmo extinta.

Imagine-se que ocorra um crime em que um pai, por culpa, acabe extirpando a vida do próprio filho. A esse delito corresponde uma pena de caráter retributivo correspondente ao mal praticado, pena justa, contudo, devido à falta de necessidade de prevenção geral a sociedade sente e percebe que o criminoso já sofreu uma sanção com o fato do próprio crime (morte do filho), não abalando o sentimento geral de segurança das pessoas, bem como se revela a desnecessidade da prevenção especial, uma vez que o agente (pai) já sofreu punição psicológica, não existindo risco de novo crime, sendo plenamente possível a desnecessidade da punição penal.

O Código Penal brasileiro adota a teoria eclética ou unitária da pena, como se observa no caput do seu artigo 59:

Art. 59 O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Na parte final do artigo há a conjugação da necessidade de reprovação com a prevenção do

crime, ocorrendo assim justamente a junção das teorias absoluta e relativa, uma vez que se embasam nos critérios de retribuição e prevenção do crime.

Nessa linha Prado, Carvalho e Carvalho (2014, p. 446) enunciam que:

Assim, impõe-se reconhecer que a adoção de uma teoria unitária da pena coaduna-se, de modo incontestado, com as exigências de um Estado democrático e social de Direito, na medida em que fornece sólido amparo a necessidade de proporcionalidade dos delitos e das penas, barreira infranqueável ao exercício do *ius puniendi*.

Importante demonstrar que as teorias unitárias são as que mais estão em consonância com o Estado democrático e social de Direito, por preservar as garantias e direitos fundamentais do ser humano, buscam uma pena justa sem arbitrariedades, que possam conter as características da prevenção geral, especial e da retribuição do crime.

A teoria da pena adotada pelo Direito Penal brasileiro possibilita ao juiz com base em critérios legais previstos no artigo 59, do Código Penal, dosar a pena a ser aplicada ao delinquente no caso concreto. Pena justa é a adequada para cada caso, essa pena será fixada pelo magistrado com base nos elementos colhidos nos autos.

Visto isto, conclui-se que o magistrado, antes do término do processo, já pode/deve ter em mente, de forma segura, o quanto de pena que poderá ser imposta ao réu, tendo em vista que a maioria desses elementos que delimitam o quanto da pena a ser imposta são constatados durante a persecução processual penal, com a formação da convicção do magistrado.

Com isso, a pena é aferida com base na culpabilidade de cada acusado, no caso específico, pois, é esta pena em concreto que deve ser levada em consideração para todos os efeitos, como para o cálculo da prescrição da pretensão punitiva aferida de forma retroativa, conforme consta do artigo 110, do Código Penal.

A prescrição, então, quando conhecida a pena justa, ou seja, concreta, realmente merecida, tem como base esta pena, para que seja delimitado o prazo prescricional, afastando assim o período prescricional obtido com base na pena máxima em abstrato cominada ao crime, prevista no preceito secundário da norma penal, conforme será detalhado nos próximos capítulos do presente trabalho.

1.4 PUNIBILIDADE E CAUSAS DE EXTINÇÃO

Com a prática de um crime nasce para o Estado o direito de punir o criminoso, essa busca deve obedecer toda uma legislação penal e processual penal que determinam quais são os fatos típicos e como deve ser realizada a persecução penal.

Segundo Conde (1988, p. 169 *apud* TELES, 1997, p. 219):

Com a constatação da tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade pode-se dizer que existe um delito completo em todos os seus elementos. Em alguns casos exige-se, contudo, para a punição de um fato como delituoso, a presença de alguns elementos adicionais, que não podem ser incluídos nem na tipicidade, nem na antijuridicidade, nem na culpabilidade, porque não correspondem à função dogmática e político-criminal dessas categorias.

Observa-se, como já demonstrado anteriormente, que a punibilidade não está no conceito de crime, é um elemento externo e pode ser considerada uma consequência jurídica dele. Assim, a punibilidade é a realização da valoração político-criminal do delito e, com isso, determina a necessidade da pena, ou seja, é a capacidade jurídica de impor a sanção ao criminoso.

Dessa maneira, “com a prática do crime, o direito de punir do Estado, que era abstrato, torna-se concreto, surgindo à punibilidade, que é a possibilidade jurídica de o Estado impor a sanção” (JESUS, 1995, p. 589).

Seguindo o princípio da legalidade todas as condutas criminosas estão descritas em lei, enquanto essa norma penal não for infringida por alguém, o Estado permanecerá inerte, uma vez que seu direito de punir é abstrato e serve de alerta para toda e qualquer pessoa. A partir do momento em que ocorre o crime, nasce também o direito de punir concreto, agora, o Estado tem a possibilidade concreta de impor a pena ao agente que cometeu o delito, nasce assim a punibilidade.

1.4.1 Condições de Punibilidade

É fundamental distinguir as condições de punibilidade das causas extintivas de punibilidade, uma vez que devido as semelhanças práticas dos institutos podem por vezes, serem confundidos. As condições de punibilidades podem ser positivas (condições objetivas de punibilidade) ou negativas (escusas absolutórias).

As condições positivas de punibilidade são pressupostos para a aplicação da pena que podem estar externamente ou internamente disposto no tipo, mais que com este não se confunde, pois, não faz parte da conduta do agente, não está inserido no dolo. Nesse sentido, Nucci (2012, p. 597) aduz que:

A condição objetiva de punibilidade é condição exterior à conduta delituosa, não abrangida pelo elemento subjetivo, e que, como regra, está fora do tipo penal, tornando-se um pressuposto para punir. Sua existência, no ordenamento jurídico, pauta-se por razões de utilidade em relação ao bem jurídico tutelado, fomentando expressão de política criminal.

Nota-se que a principal característica da condição objetiva de punibilidade é o fato de ser objetiva, não tendo relação com o agente, como exemplo, pode-se citar o crime de induzimento,

instigação ou auxílio a suicídio onde a conduta pode ser a mesma, mais o crime só será punível se resultar em lesão corporal de natureza grave ou a morte da vítima.

Já as condições negativas de punibilidade, mais conhecidas como Escusas Absolutórias, acabam por extinguir a punibilidade, estão diretamente relacionadas à pessoa do agente e da vítima, ou seja, a punibilidade é extirpada com fundamentos de natureza subjetiva, pessoal e por utilidade. Dessa forma, mesmo o delito estando completo e caracterizadas a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade, a pena não será aplicada se presente causas de escusas absolutórias.

Prado, Carvalho e Carvalho (2014, p. 581) explicam o instituto das escusas absolutórias:

Existem hipóteses em que o agente é isento de pena por expressa determinação legal. Assim, não obstante a prática do delito – ação ou omissão típica, antijurídica e culpável –, a imposição de sua consequência jurídica (pena/medida de segurança) resta obstada por causas de natureza pessoal, fundadas em razões de conveniência e oportunidade.

Então, mais uma vez por motivos de política criminal, com fundamento em questões subjetivas e utilitárias, o legislador entendeu ser razoável e oportuno que, estando presentes determinadas condições subjetivas previstas em lei, a pena deixará de ser aplicada ao criminoso.

Analisando as condições de punibilidade positivas e negativas depreende-se que a presença das escusas absolutórias causa o fim da punibilidade do agente, já a constatação das condições objetivas de punibilidade propiciam a punibilidade, sendo assim, a primeira é tida como negativa e anterior ao delito e a segunda como positiva e posterior ao delito.

Observação importante é quanto à comunicabilidade, eis que, por serem de natureza pessoal, as escusas absolutórias não se comunicam aos coautores e partícipes do delito, enquanto as condições objetivas, por não estarem ligadas subjetivamente ao delinquente, comunicam-se aos coautores e partícipes.

1.4.2 Causas Extintivas da Punibilidade

Com o cometimento de um crime e não estando presente nenhuma condição de punibilidade positiva ou negativa que impossibilite a aplicação da pena, ficará configurada a punibilidade, ou seja, a possibilidade de imposição da pena, contudo, há momentos em que esta punibilidade é declarada extinta por variados outros motivos previstos em lei.

Explicando o assunto Prado, Carvalho e Carvalho (2014, p. 588) assim asseveram:

Após a realização da ação ou omissão típica, ilícita e culpável, podem sobrevir determinadas causas que extinguem a possibilidade jurídica de imposição ou execução da sanção penal correspondente. São as denominadas *causas de extinção da punibilidade*,

motivadas por certas contingências ou por motivos vários de conveniência ou oportunidade política.

As causas extintivas de punibilidade configuram a perda ou renúncia do Estado ao direito de punir, e estão previstas em lei. Essas causas podem ser reconhecidas de ofício pelo magistrado, pois, trata-se de matéria de ordem pública, conforme ordem expressa do artigo 61, do Código de Processo Penal, que informa que o juiz em qualquer fase do processo, se presente alguma causa de extinção de punibilidade, deverá declará-la de ofício.

O artigo 107, do Código Penal, elenca várias causas extintivas da punibilidade, todavia, esse rol previsto na parte geral do Código Penal não é taxativo, ocorrendo causas de extinção também na parte especial e em outros dispositivos legais.

O Código Penal em seu artigo 107 dispõe:

Art. 107 – Extingue-se a punibilidade:

- I – pela morte do agente;
- II – pela anistia, graça ou indulto;
- III – pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;
- IV – pela prescrição, decadência ou preempção;
- V – pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;
- VI – pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite;
- VII – REVOGADO.
- VIII – REVOGADO.
- IX – pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

Essencial um breve estudo das causas enumeradas no artigo acima citado para uma melhor compreensão a respeito do cerceamento da possibilidade de aplicação da pena pelo Estado, dando ênfase a respeito da prescrição penal, objeto do presente estudo.

a) Morte do agente: dessa forma escreve Bitencourt (2010, p. 803): “com a morte do agente (indiciado, réu, condenado, reabilitando) cessa toda atividade destinada à punição do crime”. Conforme artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal, a pena não deve passar da pessoa do condenado, é a estrita obediência ao princípio da pessoalidade da pena.

b) Anistia, graça, e indulto: todos são formas de indulgência promovidas pelo Estado. A anistia, conforme previsto na Constituição Federal, artigo 21, inciso XVII e no artigo 48, inciso VIII, é competência da União, sendo atribuição do Congresso Nacional. Em lição de Junqueira e Vanzolini (2014, p. 660) “A anistia, em contrapartida, não atinge o tipo penal, mas, sim, o fato. A anistia promove o esquecimento de fatos determinados, precisamente destacados pela legislação, restando intocado o sistema normativo incriminador”.

O crime assim não é extinto, o tipo penal permanece, o que é renunciado pelo Estado é um fato determinado, um crime concreto no tempo e no espaço e em determinadas circunstâncias. A anistia geralmente é utilizada para perdoar crimes políticos.

Em sua obra Greco (2011, p. 235) assevera que “A diferença entre os dois institutos é de que a graça é concedida individualmente a uma pessoa específica, sendo que o indulto é concedido de maneira coletiva a fatos determinados pelo Chefe do Poder Executivo”. A graça e o Indulto são de competência do poder Executivo, sendo que a graça é individual deve ser requerida, solicitada e o indulto é coletivo e espontâneo.

c) Retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso: pondera Nucci (2012, p. 605): “Trata-se de lei nova deixando de considerar determinada conduta como crime. Nesse caso, ocorre o fenômeno da retroatividade da lei penal benéfica”. Trata-se da *abolitio criminis*, assim, se o fato não é mais considerado crime, não deve persistir nenhum processo e nenhuma pena referente a conduta descriminalizada.

d) Decadência e perempção: a decadência por sua vez está inserida no âmbito da ação penal privada e condicionada à representação, Junqueira e Vanzolini (2014, p. 668) consideram-na como: “[...] uma sanção processual àquele que se mantém inerte, que perde a oportunidade de exercer a ação ou de fornecer a condição objetiva de procedibilidade da representação no prazo determinado em lei”. Nesse sentido, atinge a persecução penal no que se refere a esfera processual como perda do direito de ação.

A Perempção, segundo Bitencourt (2010, p. 804):

Perempção é a perda do direito de prosseguir no exercício da ação penal privada, isto é, uma sanção jurídica aplicada ao querelante pela sua inércia, ou seja, pelo mal uso da faculdade que o Poder Público lhe concedeu de agir, privativamente, na persecução de determinados crimes.

É um castigo exclusivamente aplicado ao querelante, por sua inércia, na ação penal de iniciativa privada, aqui, a ação já está em curso não se confundindo com a decadência e, só é aplicada ao particular na ação penal privada.

e) Renúncia ao direito de queixa ou perdão aceito nos crimes de ação privada: no entendimento de Nucci (2012, p. 607) “Renúncia é a desistência da propositura da ação penal privada. Perdão é a desistência do prosseguimento da ação penal privada propriamente dita”.

A renúncia e o perdão se aplicam somente na ação penal privada. Pela renúncia ocorre a extinção da punibilidade antes do início da ação penal, pela manifestação que importe a desistência do direito de queixa. O perdão é a desistência após já ter dado início à ação. Salienta-se que o perdão exige a aceitação do réu para ter validade, é um ato bilateral.

f) Retratação do agente nos casos em que a lei a admite: discorrendo sobre o tema Prado, Carvalho e Carvalho (2014, p. 595) delimitam dizendo: “Retratação é o ato de desdizer-se, de retirar o que foi dito. Cuida-se de ato unilateral – independe de aceitação por parte do ofendido – que tem por escopo buscar e resguardar a verdade – interesse superior da justiça”.

Há casos em que a lei permite ao agente se retratar, ou seja, caso o agente repare o que disse estará isento de pena, a retratação não exige a anuência do ofendido, valendo por si só, pois, na realidade o que se objetiva é a busca pela verdade.

g) Perdão judicial nos casos previstos em lei: O perdão judicial, conforme ensina Greco (2011, p. 237) “[...] não se dirige a toda e qualquer infração penal, mas, sim, àquelas previamente determinadas pela lei. Assim, não cabe ao julgador aplicar o perdão judicial nas hipóteses em que bem entender, mas tão somente nos casos predeterminados pela lei penal”.

A legislação em determinadas ocasiões permite ao magistrado não aplicar a pena ao delito, mesmo constatando sua ocorrência. Na realidade, esse instituto passa a ser um direito público subjetivo do acusado, uma vez que, preenchendo os requisitos legais, tem o direito ao perdão judicial.

1.4.3 Prescrição penal

Prevista no artigo 107, inciso IV, do Código Penal, a prescrição segundo Greco (2011, p. 236) “é o instituto jurídico mediante o qual o Estado, por não ter tido capacidade de fazer valer seu direito de punir em determinado tempo previsto em lei, faz com que ocorra a extinção da punibilidade”.

O direito de punir um criminoso não é eterno, deve ser exercido em um tempo razoável, dando eficaz resposta para a sociedade. A punibilidade não deve ser infinita, necessita de um termo final, e uma dessas limitações à punibilidade é o instituto da prescrição, que age diretamente contra a inércia do titular da pretensão punitiva que deixa de agir em tempo hábil, restaurando a estabilidade do direito.

No mesmo sentido Bitencourt (2010, p. 809) assevera que prescrição é “a perda do direito de punir do Estado, pelo decurso de tempo, em razão do seu não exercício, dentro do prazo previamente fixado”. Ao surgir para o Estado o dever de punir aquele que comete o crime, nasce para o acusado a garantia de que o Estado terá um tempo pré-estabelecido para que realize a punição, não podendo essa persecução penal ser imprescritível e se prolongar no tempo, exceto nos casos previstos em lei.

Quanto à natureza jurídica da prescrição, há entendimentos diversos na doutrina, uns afirmam ser de natureza jurídica processual e outros material. Na lição de Fragoso (1990, p. 404) “Os que afirmam o caráter puramente processual da prescrição, vêem(*sic*) nela apenas uma suspensão ou impedimento do processo, entendendo que o decurso do tempo não pode transformar a punibilidade em impunibilidade”. Com esse entendimento, a prescrição não extingue a punibilidade, mas somente o processo penal, ou seja, o meio para alcançar a punição.

Na atualidade, a maioria da doutrina compreende que a prescrição tem natureza jurídica material, sendo que o próprio Código Penal a inclui como uma das causas de extinção da punibilidade. Nesse sentido, afirma Bitencourt (2010, p. 809): “Para o ordenamento jurídico brasileiro, contudo, é instituto de direito material, regulado pelo Código Penal [...]”. Na mesma linha, Prado, Carvalho e Carvalho (2014, p. 598) discorrem “Trata-se de instituto de direito material, embora algumas de suas consequências influam sobre a ação penal e na condenação”.

Dessa maneira, a prescrição é causa que extingue a punibilidade, suprime diretamente o poder punitivo do Estado. Sendo instituto de direito material, segue a regra do Código Penal, e em casos de lei nova que venha a agravar a situação do acusado, não poderá ser aplicada, tem validade apenas para os casos ocorridos após a entrada em vigor da legislação.

De outro modo, caso a lei nova venha a beneficiar o réu, poderá ela ter efeitos pretéritos, alcançando fatos ocorridos antes de sua vigência, e entra em vigor imediatamente, tendo em vista que beneficia o acusado. Quanto à aplicação do prazo, também segue as normas de direito material penal, contando-se o dia inicial e rejeitando-se o final.

A prescrição penal se divide em duas espécies prescricionais, a prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória, as duas serão tratadas nesse trabalho, no entanto, será vista, com mais detalhes, a prescrição da pretensão punitiva por englobar a prescrição em perspectiva.

O prazo da prescrição da pretensão executória ocorre após o trânsito em julgado da sentença para as partes, e se refere à perda ao direito de impor ao condenado o cumprimento da pena concretamente imposta (NUCCI, 2012, p. 616).

Conseguindo o Estado, por meio do processo penal, determinar a pena do condenado no caso concreto, pela prática do crime cometido, inicia-se um prazo para que seja cumprida efetivamente essa pena imposta, ou seja, começa a correr um prazo prescricional executório para que o Estado faça com que o condenado cumpra a sanção. Esta espécie de prescrição está disposta no artigo 110, do Código Penal.

Corroborando com o que foi exposto Bitencourt (2010, p. 816) escreve:

A prescrição da pretensão executória só poderá ocorrer depois de transitar em julgado a sentença condenatória, regulando-se pela pena concretizada[...]. O decurso do tempo sem o exercício da pretensão executória faz com que o Estado perca o direito de executar a sanção imposta na condenação. Os efeitos dessa prescrição limitam-se à extinção da pena, permanecendo inatingidos todos os demais efeitos da condenação, penais e extrapenais.

Desse modo, a partir do momento em que o Estado dispõe do título executivo judicial, que é a sentença penal condenatória transitada em julgado, deve promover a execução deste título impondo a pena ao condenado, caso não o faça pelo prazo determinado legalmente, haverá a

prescrição da pretensão executória. No entanto, ocorrendo a prescrição executória, inexistirá somente o direito de aplicar a pena, as demais consequências da condenação persistem, pois são constatadas com a ocorrência do trânsito em julgado e não com o cumprimento da pena.

A outra espécie de prescrição penal é a prescrição da pretensão punitiva, caracteriza-se pela perda do direito de punir, ou seja, extingue o processo sem resolução do mérito, podendo ser verificada até o trânsito em julgado definitivo, ou seja, quando ambas as partes não podem mais recorrer ou por não terem recorrido no prazo legal (NUCCI, 2012, p. 615).

Em seus escritos Jawsnicker (2012, p. 50) diz que: “Essa espécie prescricional acarreta a perda do Direito do Estado-Administração de exigir do Estado-Juiz uma decisão sobre o mérito da acusação judicialmente formulada”. A extinção da pretensão punitiva faz cessar a punibilidade, podendo ocorrer antes de proposta a ação penal, ou mesmo no decorrer da demanda judicial.

Conforme assevera Bitencout (2010, p. 812): “A prescrição da pretensão punitiva só poderá ocorrer antes de a sentença penal transitar em julgado e tem como consequência a eliminação de todos os efeitos do crime: é como se este nunca tivesse existido”. Por ocorrer antes da sentença transitar em julgado em definitivo, a prescrição da pretensão punitiva não deixa qualquer vestígio do crime na vida do acusado.

Os princípios da legalidade, intervenção mínima e, principalmente, o da presunção de inocência, inseridos à forma de governo democrática, garantem ao indivíduo que somente será considerado culpado de um crime com o trânsito em julgado. Sendo assim, a sentença penal condenatória definitiva é o marco que gera os efeitos decorrentes da condenação, caso a punibilidade seja extinta antes do trânsito em julgado, será impossível haver condenação e, consequentemente, seus efeitos.

1.4.3.1 Modalidades de prescrição da pretensão punitiva

A prescrição da pretensão punitiva se divide em prescrição da pretensão punitiva em abstrato, intercorrente ou superveniente, retroativa e em perspectiva:

a) Prescrição da pretensão punitiva em abstrato: para Jesus (1995, p. 632):

A prescrição da pretensão punitiva é regulada pela pena abstrata cominada na lei penal incriminadora, seja simples, seja qualificado o delito. O prazo prescricional varia de acordo com o máximo da sanção abstrata privativa de liberdade, com desprezo da pena de multa, quando cominada cumulativa ou alternativamente.

Essa modalidade de prescrição é conhecida também como prescrição da pretensão punitiva propriamente dita, seu lapso temporal é encontrado tendo como base a pena máxima em abstrato cominada ao delito pela lei penal incriminadora de preceito secundário, a partir dessa pena em

abstrato, aplica-se a tabela do artigo 109, do Código Penal, conforme exposto abaixo:

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;

II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;

III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;

IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;

V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

VI - em dois anos, se o máximo da pena é inferior a um ano.

VII - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano. (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

Parágrafo único - Aplicam-se às penas restritivas de direito os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade.

Leva-se em consideração a pena máxima em abstrato, devendo incidir as qualificadoras e as causas de aumento e de diminuição da pena, se existir causa de aumento será levado em conta o máximo, em caso de diminuição, a que menos diminua a pena. As agravantes e atenuantes não são levadas em consideração para o cômputo do prazo prescricional (PRADO; CARVALHO, E.; CARVALHO, G., 2014, p. 599).

A legislação, nesse sentido, por não ser possível saber a pena concreta, disciplina os prazos prescicionais com base na pena abstrata, escalonando os prazos de acordo com questões de política criminal, em que, os crimes considerados mais graves tenham um prazo prescricional maior, esse período temporal prescricional, é que dispõe o Estado para concretizar o seu direito de punir.

A respeito da prescrição penal é importante mencionar ainda o artigo 115, do Código Penal, que trata da redução dos prazos prescicionais, afirmando que serão reduzidos pela metade os prazos prescicionais se o criminoso, no momento da prática do crime, for menor de vinte e um anos ou na data da sentença for maior que setenta anos.

b) Prescrição da pretensão punitiva retroativa: a prescrição penal retroativa conforme lição de Travessa (2008, p. 67) “é aplicada a partir da pena concretizada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para a acusação. [...] a prescrição retroativa incide para trás, da sentença condenatória recorrível até à decisão que recebe a peça acusatória [...]”. Com o advento da sentença condenatória, o prazo prescricional é obtido de maneira diferente, tendo o acusado uma pena específica para o seu caso, teoricamente condizente com sua culpabilidade, será então a prescrição calculada com base na pena em concreto, aplicando também o que dispõe o artigo 109, do Código Penal.

A publicação da Lei 12.234/2010, deu nova redação ao parágrafo 1º, do artigo 110, do Código Penal, que assim ficou escrito: “A prescrição, depois da sentença condenatória com

trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa”. Com isso, não há como reconhecer a prescrição retroativa por período anterior ao recebimento da denúncia, diminuindo consequentemente, o âmbito de incidência da prescrição retroativa e também em perspectiva, ampliando a capacidade de o Estado exercer seu direito punitivo.

Estefam (2010, p. 470) especifica aduzindo:

Para que ocorra tal modalidade de prescrição, contudo, é preciso que, além de haver sentença condenatória, ocorra algum evento processual que impeça a elevação da pena (ou do prazo prescricional) por meio de um recurso. Isto ocorrerá nas seguintes situações: a) trânsito em julgado para a acusação; b) recurso da acusação improvido (ou ao qual se negou conhecimento); c) recurso da acusação que não tem a capacidade de interferir no prazo prescricional (p. ex. , se o representante do Ministério Público apela visando a absolvição do réu, ou se seu recurso não busca aumento de pena).

Consoante ao que foi dito, para que seja possível a aplicação da prescrição retroativa deverá ocorrer o trânsito em julgado para a acusação, que o recurso da acusação seja improvido ou que não tenha capacidade de majorar a pena, ou seja, para a aplicação dessa modalidade prescricional não poderá haver a possibilidade de aumento da pena após a sentença condenatória.

Outra característica é que para a aferição da prescrição retroativa o prazo prescricional é contado para trás, da data do trânsito em julgado para acusação até a data da denúncia ou queixa. Assim, o prazo prescricional que antes era calculado pela pena em abstrato passa a ser verificado pela pena em concreto. Pode acontecer então, de ser verificada a prescrição do delito após toda a persecução processual penal, pois caso a pena aplicada seja baixa poderá ser diminuído o prazo prescricional, que até este momento era calculado com base na pena máxima abstrata prevista para o crime.

c) Prescrição da pretensão punitiva intercorrente ou superveniente: essa modalidade de prescrição da pretensão punitiva está prevista no artigo 110, parágrafo 1º, primeira parte do Código Penal. E nos dizeres de Nucci (2012, p. 616): “é a perda do direito de punir do Estado, levando-se em consideração a pena concreta, com trânsito em julgado para a acusação, ou improvido seu recurso, cujo lapso para a contagem tem início na data da sentença e segue até o trânsito em julgado desta para a defesa”.

A prescrição intercorrente tem como base a pena em concreto após o trânsito em julgado para a acusação ou após improvido seu recurso, a essa pena, aplica-se o artigo 109, do Código Penal, e assim será constatado o prazo prescricional. Este lapso temporal será o disponível para que ocorra o trânsito em julgado em definitivo para as partes, caso a sentença não transite em julgado nesse período, estará o crime prescrito, e o Estado não disporá de um título executivo

judicial.

A prescrição intercorrente ou superveniente se assemelha a prescrição retroativa, pois também é identificada após o trânsito em julgado para a acusação, tendo como base a pena em concreto. No entanto, a diferença entre elas é que, a prescrição retroativa como o próprio nome sugere, retroage, ou seja, seu prazo é analisado para o passado, já a intercorrente vai para o futuro, dessa forma, ela é verificada durante a instrução processual, uma vez que já é sabido o prazo prescricional após a sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação.

d) Prescrição da pretensão punitiva em perspectiva: A prescrição em perspectiva também conhecida como virtual, antecipada e projetada é criação doutrinária e jurisprudencial brasileira. De acordo com Lozano Jr. (2002, p. 181 *apud* JAWSNICKER, 2008, p. 89) a prescrição em perspectiva:

Consiste no reconhecimento da prescrição retroativa antes mesmo do oferecimento da denúncia ou da queixa e, no curso do processo, anteriormente da prolação da sentença, sob o raciocínio de que eventual pena a ser aplicada em caso de hipotética condenação traria a lume um prazo prescricional já decorrido.

Essa modalidade de prescrição da pretensão punitiva consiste no reconhecimento antecipado da prescrição da pretensão punitiva retroativa. Dessa forma, o magistrado, no decorrer do processo penal, poderia extingui-lo com fundamento na prescrição em perspectiva, ao aferir que se o réu for condenado. A provável pena em concreto ocasionaria a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa.

O Superior Tribunal de Justiça entende que a prescrição da pretensão punitiva em perspectiva não tem previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro e, por isso, não pode ser aplicada. Ele editou, no ano de 2010, a súmula não vinculante 438 que diz: “É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.” Também em 2010, foi criada a lei 12.234, que alterou os artigos 109 e 110, do Código Penal. Com a entrada em vigor desta lei, a prescrição retroativa não pode ter por termo inicial data anterior a da denúncia ou queixa, o que restringiu a aplicação da prescrição em perspectiva.

No que pese as referidas mudanças, a prescrição em perspectiva ainda continua sendo aplicada por juízes de primeiro grau e defendida por parte da doutrina como perfeitamente condizente com o ordenamento jurídico. A prescrição em perspectiva por ser o objeto do presente trabalho será debatida em momento oportuno, em que serão analisadas todas as suas características e sua adequação ou não ao ordenamento jurídico brasileiro.

1.4.3.2 Termo inicial e causas interruptivas da prescrição da pretensão punitiva

O termo inicial da prescrição da pretensão punitiva está disposto no artigo 111, do Código Penal, a seguir exposto:

Art. 111- A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr:
I – do dia em que o crime se consumou;
II – no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa;
III – nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência;
IV – nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido;
V – nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, previstos neste código ou em legislação especial, da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal.

Nota-se que como regra o termo inicial da prescrição da pretensão punitiva é a data da consumação do crime, a partir dessa data começa a contar o prazo para a prescrição baseada na pena máxima em abstrato, ou seja, da prescrição da pretensão punitiva em abstrato.

Bitencourt (2010, p. 817) ensina que “As prescrições retroativa e intercorrente são exceções à utilização da pena abstrata para medição da prescrição da pretensão punitiva (art. 110, § 1º)”. Sendo assim, para a prescrição da pretensão punitiva retroativa e intercorrente deve-se observar o § 1º, do artigo 110, do CP, que assim está redigido: “A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa”.

Do que foi exposto depreende-se que, a prescrição retroativa terá como termo inicial a denúncia ou a queixa não podendo começar a correr antes disso, já a prescrição intercorrente, que é contada para o futuro, tem por termo inicial a sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou improvido seu recurso.

Questão de grande relevância no estudo da prescrição penal refere-se às causas interruptivas do prazo prescricional. Bitencourt (2010, p. 821) informa que:

Ocorrendo uma causa interruptiva, o curso da prescrição interrompe-se, desaparecendo o lapso temporal já decorrido, recomeçando sua contagem desde o início. Enfim, uma vez interrompida, a prescrição volta a correr novamente, por inteiro, do dia da interrupção, até atingir seu termo final, ou até que ocorra nova causa interruptiva.

A interrupção do prazo prescricional faz com que seu período de tempo volte a correr novamente por inteiro, reiniciando-se daquele momento em diante, mantendo viva a possibilidade de o Estado exercer seu direito punitivo. As causas interruptivas da prescrição encontram-se

previstas no Código Penal, artigo 117 e seus incisos, que informa que o curso da prescrição se interrompe com recebimento da denúncia ou da queixa, pela pronúncia, decisão confirmatória da pronúncia, com a publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis, pelo início ou continuação do cumprimento da pena e pela reincidência.

1.5 SÍNTESE

O Estado é quem detém o poder de punir a pessoa que comete um crime, esse poder punitivo é exercido por meio dos órgãos estatais. O único órgão estatal competente para promover a ação penal é o Ministério Público, que tem a tarefa de acusar e tentar provar quem cometeu o delito, buscar sempre a verdade real e evitar condenações injustas.

O meio pelo qual o Estado consegue aplicar a norma penal ao caso concreto é o processo penal, este contém todas as regras que devem ser observadas durante a persecução processual penal, fazendo com que todos os integrantes da demanda saibam corretamente como devem proceder para alcançarem seus objetivos.

Ocorre que em um Estado Democrático de Direito como o Brasil, em que a própria Constituição tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, o Processo Penal e o Direito Penal, tem como principal objetivo resguardar os direitos individuais e fundamentais do ser humano, protegendo o indivíduo do poder estatal.

Os princípios da legalidade e da intervenção mínima, como bem observado, são mecanismos que limitam o poder de punir do Estado, devem ser respeitados para evitar gravames ao acusado. Por outro lado, não há violação a esses princípios nas situações não proibidas por lei, as quais possam melhorar a situação do réu. Como exemplo, são aceitas no Direito Penal brasileiro provas ilícitas que possam confirmar a inocência do acusado, o contrário é inadmissível.

O conceito analítico tripartido do crime, sob a ótica da teoria finalista da ação, delimita o conceito de crime informando ser um fato típico, antijurídico e culpável, e que somente será possível a aplicação da pena caso sejam comprovados todos os elementos que compõem o delito.

A pena, de acordo com o Código Penal, está inserida na visão das teorias unitárias ou ecléticas, que estão em consonância com o Estado Democrático de Direito, obedecendo aos seus ditames e princípios. Nesse diapasão, a pena possui caráter retributivo, ou seja, retribui ao criminoso o mal praticado; e preventivo, previne a prática de delitos. O caráter preventivo subdivide-se em prevenção geral, que surge sobre todas as pessoas em geral; e especial, que está ligada à pessoa do criminoso.

A prevenção especial leva em consideração, para a aplicação da pena, as características

pessoais do delinquente, busca sua reinserção na sociedade. Dessa forma, propicia a individualização da pena, pois, um agente que tem bons antecedentes, bom convívio social e que nunca tenha delinquido, não pode ter a mesma pena de uma pessoa que frequentemente está praticando crimes e que tem um comportamento agressivo.

A punibilidade não está inserida no conceito de crime. Ela é, então, a possibilidade jurídica da aplicação da sanção penal. Essa possibilidade leva em consideração questões de política criminal. Sendo assim, o legislador elegeu a prescrição como uma causa capaz de extinguir a punibilidade do agente, com fundamento na inércia do Estado por um período de tempo considerado razoável para que este exerça seu poder/dever de punir.

A prescrição da pretensão punitiva, como foi visto, se divide em prescrição abstrata, retroativa, intercorrente e também em perspectiva. Percebe-se que ao final do processo, a pena levada em conta para o cálculo da prescrição é a pena merecida, aplicada, pois, mesmo que não ocorra a prescrição com base na pena abstrata. Após o conhecimento da pena concreta é aplicada a prescrição retroativa. Sendo assim, a prescrição pela pena em abstrato só é utilizada enquanto não for possível saber a pena em concreto.

Tendo como base o Estado Democrático de Direito, os princípios limitadores ao direito de punir estatal, leva-se em consideração que o Código Penal está de acordo com as teorias ecléticas da pena, e que a prescrição em sua essência é calculada com base na pena justa, é perfeitamente possível ao magistrado, ao conduzir um processo, saber a provável pena do acusado caso ele seja condenado, uma vez que os critérios para a imposição da pena estão previstos em lei.

2 AÇÃO PENAL

Antes de discorrer acerca da ação penal, faz-se necessário um breve estudo para esclarecer alguns conceitos imprescindíveis para a melhor compreensão acerca do tema em questão.

Solucionar conflitos entre pessoas e entre sociedades nunca foi tarefa fácil. Tanto é assim, que muitas pessoas perderam, e perdem, a vida em decorrência de conflitos interpessoais e entre nações. Em tempos mais remotos, a justiça era feita predominantemente de forma pessoal, era a vingança ao injusto sofrido, a autodefesa constituía-se como a forma de se aplicar a justiça com as próprias mãos.

Nessa esteira dispõe Cintra, Grinover e Dinamarco (2009, p. 27):

Nas fases primitivas da civilização dos povos, inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares: por isso, não só inexistia um órgão estatal que, com soberania e autoridade, garantisse o cumprimento do direito, como ainda não havia sequer as leis (normas gerais e abstratas impostas pelo Estado aos particulares). Assim, quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão.

Com o desenvolvimento da sociedade e as mudanças ocorridas no contexto socioeconômico, como o advento do pacto social, acabou por propiciar a transferência, para o Estado, do dever de aplicar a justiça, surge assim a jurisdição, que, segundo Mirabete (2005, p. 151) é “a faculdade que tem o poder judiciário de pronunciar concretamente a aplicação do direito objetivo”.

Nesse sentido, a jurisdição é uma função estatal em que aplicando de maneira imparcial o direito objetivo que rege o caso em concreto, o Estado-Juiz substitui as partes detentoras dos interesses em litígio tentando a pacificação do conflito, e essa função é realizada por meio do processo (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 147).

A jurisdição é o poder/dever de o Estado aplicar o direito ao caso concreto de modo a resolver o conflito de interesses, resolvendo o litígio, busca-se assim a pacificação social por meio da aplicação da norma. Para Noronha (2002, p. 57), em âmbito penal, a jurisdição pode ser conceituada como sendo “[...] o poder concedido ao juiz de decidir, aplicando a lei, com o fim de sujeitar o réu à sanção penal, absolvê-lo ou declarar extinta a punibilidade”. Ou seja, a jurisdição penal tem o objetivo de aplicar a norma penal ao caso concreto, de modo a aplicar a sanção ao réu, absolvê-lo ou declarar extinta a sua punibilidade.

Com a jurisdição, o particular, por conseguinte, abriu mão de certas liberdades com o intuito de proporcionar uma melhor convivência social munida de maior segurança, evitar o extermínio gradual entre as pessoas por motivos de vingança, e assim, a autodefesa que antes predominava, hoje, como regra, é proibida.

A função do Estado em dizer o direito ao caso concreto é desempenhada por meio do processo que, nas palavras de Cintra, Grinover e Dinamarco (2009, p. 46), compõe-se:

Caracterizada a insatisfação de alguma pessoa em razão de uma pretensão que não pôde ser, ou de qualquer modo não foi, satisfeita, o Estado poderá ser chamado a desempenhar a sua função jurisdicional; e ele o fará em cooperação com ambas as partes envolvidas no conflito [...], segundo um método de trabalho estabelecido em normas adequadas. A essa soma de atividades em cooperação e à soma de poderes, faculdades, deveres, ônus e sujeições que impulsionam essa atividade dá-se o nome de processo.

Para Rangel (2014, p. 525), o processo tem a finalidade principal de “assegurar ao acusado os direitos previstos na Constituição da República, visando ao acerto do caso penal, apresentando-se como instrumento técnico, público, político e ético, do exercício da jurisdição”.

O processo busca efetivar as garantias constitucionais e assegurar os direitos fundamentais do cidadão ao mesmo passo que possibilita a aplicação do direito objetivo ao caso concreto. Toda essa função do processo é disposta previamente pela legislação de modo a garantir segurança jurídica.

Há que se diferenciar processo de procedimento, sendo que Rangel (2014, p. 534) assim dispõe “O processo, é a atividade desenvolvida pelo Estado-juiz com a função de aplicar a lei ao caso penal concreto. O procedimento é a maneira como essa atividade irá se realizar e se desenvolver.[...]. O procedimento é o conteúdo formal do processo [...]”.

Também Marques (1998, p. 349) distingue processo de procedimento dizendo:

O procedimento é o conteúdo formal do processo, do mesmo modo que a lide é o seu conteúdo material ou substancial. O processo é a atividade jurisdicional na sua função de aplicar a lei; o procedimento, o *modus faciendi* com que essa atividade se realiza e se desenvolve.

A maneira como irá ser desenvolvido o processo é o procedimento, o procedimento é a exteriorização do processo, ou seja, são os atos que possibilitam a aplicação do direito, enfim, é a maneira de proceder para que seja aplicado o direito material e efetivadas as garantias processuais.

A jurisdição é inerte e deve ser provocada para que seja aplicado o direito ao caso concreto. O meio de provocar a função jurisdicional é a ação, que na lição de Cintra, Grinover e Dinamarco (2009, p. 267) é “[...] o direito ao exercício da atividade jurisdicional (ou o poder de exigir esse exercício). Mediante o exercício da ação provoca-se a jurisdição, que por sua vez se exerce através daquele complexo de atos que é o processo”. Nesse ínterim, a ação é o instituto jurídico que o particular dispõe para provocar a jurisdição ao caso concreto.

Consoante o que foi dito, depreende-se que a jurisdição, como função do Estado de dizer o

direito ao caso concreto, é provocada pelo direito de ação que ao ser exercido provoca o início do processo, meio que possibilita a aplicação da jurisdição e se perfaz por um procedimento formal previamente consagrado em lei.

O meio pelo qual o Estado cumpre o seu poder/dever de aplicar a jurisdição é o processo, este é previamente disciplinado em lei e contém deveres e direitos, evitando assim, surpresas em meio a uma demanda judicial, deste modo, o processo é o instrumento pelo qual é alcançado o objetivo, que é a prestação jurisdicional.

Em âmbito penal, além do monopólio da prestação jurisdicional por meio do poder judiciário, o Estado ainda deve perseguir o crime, *jus perseguendi in juditio*, buscando a punição do criminoso, essa persecução processual penal tem seu marco inicial com o exercício do direito de ação.

Nesta senda, Capez (2012, p. 155) conceitua ação penal como:

É o direito de pedir ao Estado-Juiz a aplicação do direito penal objetivo a um caso concreto. É também o direito público subjetivo do Estado-Administração, único titular do poder-dever de punir, de pleitear ao Estado-Juiz a aplicação do direito penal objetivo, com a consequente satisfação da pretensão punitiva.

Proibida a autodefesa, fez surgir o direito de ação ao particular nos casos de ação penal privada e, com a limitação da autoexecutoriedade do direito de punir estatal, também fez surgir o direito de ação, para que o Estado provoque a jurisdição dos seus juízes e, dessa maneira, seja aplicada a norma penal positiva, explicando, nesse sentido, o fundamento constitucional da ação penal como direito abstrato do próprio Estado (PRADO; CARVALHO, E.; CARVALHO, G., 2014, p. 610).

A ação penal é o meio disponível ao particular (ação penal privada) e ao Estado-administração (ação penal pública), requerer ao Estado-juiz a aplicação do direito positivo ao caso concreto, tendo grande relevância para a manutenção da ordem pública conservando a dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXV, dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Dessa forma, o povo tem a garantia de que caso ocorra uma ameaça ou ofensa ao seu direito poderá submeter o caso ao julgamento do Judiciário, que irá decidir se o jurisdicionado está ou não sofrendo uma ilegalidade.

Em lição Nucci (2014, p. 138) dispõe:

Do crime nasce a pretensão punitiva estatal, mas não o direito de ação, que preexiste á prática da infração penal, aliás, como direito constitucional (art. 5º, XXXV, CF). Entretanto, não há possibilidade de haver punição, na órbita penal, sem o devido processo legal, isto é, sem que o Estado ou a parte ofendida, exercitando o direito de ação, proporcione ao acusado o direito ao contraditório e á ampla defesa.

Ocorrendo um delito, surge para o ente estatal o dever de perseguir o crime, essa persecução é a exteriorização de sua pretensão punitiva. Entretanto, não é com a ocorrência do fato criminoso que nascerá o direito de ação, pois este é anterior à ofensa ao direito material e se caracteriza por ser um direito autônomo.

Assim lecionam Távora e Alencar (2011, p. 145, 146) explicando que o direito de ação é:

- a) **autônomo**: não se confunde com o direito material [...]. O direito de ação é preexistente à pretensão punitiva do Estado, que surge com a ocorrência da infração penal.
- b) **abstrato**: independe do resultado do processo. Mesmo que a demanda seja julgada improcedente, o direito de ação terá sido exercido.
- c) **subjeto**: o titular do direito é especificado na própria legislação, sendo como regra o Ministério Público.
- d) **público**: a atividade provocada é de natureza pública, sendo a ação exercida contra o próprio Estado.
- e) **Instrumental**: é o meio para se alcançar a efetividade do direito material.

No mesmo sentido, Rangel (2014, p. 236) preconiza:

A ação é, pois, um direito subjetivo (posto que inerente a cada indivíduo), autônomo (pois não se confunde com o direito subjetivo material, que irá se deduzir em juízo), abstrato (pois independe de o autor ter ou não razão ao final do processo), instrumental (serve de meio para se alcançar um fim que é o acerto do caso penal, através do processo) e público (porque se dirige contra o Estado e em face do réu).

A ação penal é o meio que o particular e o Estado-acusação dispõem para acionar a jurisdição. O direito de ação não está associado ao direito material, não exige que a pretensão do autor seja confirmada em sentença, ou seja, é desnecessário que o pedido seja julgado procedente para que tal direito exista.

Após a abordagem e estudo da ação penal, fica perceptível que sua natureza jurídica é de caráter processual. O fato de a ação estar disposta tanto no Código Penal (art. 100) quanto no Código de Processo Penal (art. 24), não pode levar ao entendimento como sendo de natureza jurídica mista. Pois, uma vez que evidenciado a autonomia e abstração do direito de agir, sendo este, pretérito à prática da infração penal, notória a compreensão que a natureza da norma é essencialmente processual (RANGEL, 2014, p. 236).

A ação penal pode ser classificada em pública e privada, dependendo de quem for o titular do direito de exercê-la. Quando seu titular for o Ministério Público, a ação penal será pública; caso seja a vítima ou o seu representante, a ação penal será privada.

Discorrendo sobre a ação penal pública Boschi (2002, p. 21) exterioriza que:

Na ação penal pública, o fundamento que a legitima e sustenta é, então, o mesmo que legitima e sustenta o monopólio do jus puniendi nas mãos do Estado: o Pacto Social e, dele, o dever jurídico de apurar a responsabilidade dos criminosos para que os

particulares não voltem a fazê-lo, injusta e desmedidamente, assegurando, assim, as vantagens da civilização sobre a barbárie.

Por meio do pacto social, o particular legitimou o Estado a ser o detentor do monopólio do direito de punir, incumbindo a ele o dever de perseguir o crime de forma a apurar a responsabilidade criminal, impor a pena ao delinquente e, conseqüentemente, assegurar a paz social abalada pelo delito.

Faz-se necessário um melhor estudo a respeito da ação penal pública, esta, é dividida em **incondicionada e condicionada**. A primeira é a regra no direito penal brasileiro, conforme disposto na primeira parte do artigo 24, do Código de Processo Penal, sendo que o Ministério Público é o responsável por promovê-la.

Nesta senda, Távora e Alencar (2011, p. 153) aduzem que “A ação penal pública incondicionada é aquela titularizada pelo Ministério Público e que prescinde de manifestação de vontade da vítima ou de terceiros para ser exercida. Ela constitui a regra em nosso ordenamento”. Assim, para que o Ministério Público possa oferecer a denúncia basta a ocorrência das condições da ação e o preenchimento dos pressupostos processuais, não necessita da autorização do ofendido e de ninguém mais.

A ação penal pública condicionada, também é exercida pelo Ministério Público, no entanto, para que possa oferecer a denúncia, há a exigência de uma condição que conforme previsto no artigo 100, do Código Penal, trata-se de uma representação, “A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça”.

Percebe-se que apesar de ser titularizada pelo Ministério Público, a ação penal pública condicionada necessita de uma permissão denominada de representação, ofertada pela vítima, por seu representante ou ainda por requisição do Ministro da Justiça. Justifica-se a representação do ofendido pelo fato do delito causar ofensa à vítima em sua intimidade, já a requisição do Ministro da Justiça é por razões estritamente políticas, como nos casos de crimes cometidos contra a honra do Presidente da República. (TÁVORA; ALENCAR, 2011, p. 157).

A ação penal é instituto de direito processual, e o titular para exercê-la é o que está especificado na própria legislação. Sendo assim, ela tem natureza instrumental, sendo o meio para concretizar o direito material. No entanto, deve-se sempre ter em mente que em um Estado Democrático, além de ser instrumento para aplicação do Direito material, a ação penal tem um objetivo sublime, que é a proteção aos direitos individuais garantidos na Constituição, frente à atuação do direito de punir estatal.

2.1 PRINCÍPIOS DA AÇÃO PENAL

Os princípios são responsáveis pela fundamentação, disciplina, e servem para nortear a ação penal, o seu conhecimento possibilita maior compreensão do sentido e essência do referido instituto. Como a regra no ordenamento jurídico brasileiro é a ação penal pública, importante conhecer seus princípios, a saber:

a) Princípio da obrigatoriedade: esse princípio demonstra que o Ministério Público está obrigado a realizar a persecução criminal, devendo oferecer a denúncia quando devidamente preenchidas as condições legais para o caso. Não cabe ao órgão ministerial julgar por sua livre vontade se é oportuno ou conveniente o oferecimento da denúncia, pois, trata-se de dever previsto em lei, uma vez que o objeto da relação jurídica material é de natureza indisponível.

Prado, Carvalho e Carvalho (2014, p. 621) discorrem que:

O princípio da obrigatoriedade impõe ao Ministério Público o dever de promover a ação penal, sendo-lhe vedado perquirir a respeito da conveniência ou oportunidade de sua propositura. Contudo, esse dever não se afigura como absoluto, porquanto para o exercício da ação penal é indispensável concorram determinadas condições, genéricas e específicas, expressamente previstas em lei.

Com isso, o Ministério Público somente estará obrigado a oferecer a denúncia quando estiverem preenchidas as condições da ação, tanto as genéricas quanto as específicas.

Na atualidade esse princípio não tem caráter absoluto, pois, a própria Constituição Federal, em seu artigo 98, inciso I, prevê a possibilidade de ser realizada a transação penal entre o órgão acusador e o autor do fato nos crimes de menor potencial ofensivo.

b) Princípio da indisponibilidade: por esse princípio fica claro que o Ministério Público, uma vez que tenha oferecido a denúncia, não pode dela desistir. A legislação penal prevê nos artigos 42 e 576, do Código de Processo Penal, que o Ministério Público não poderá desistir da ação penal assim como do recurso que haja interposto.

Em sua obra Capez (2012, p. 161) demonstra que: “Seria, de fato, completamente inútil prescrever a obrigatoriedade da ação penal pública se o órgão do Ministério Público pudesse, posteriormente, desistir da ação penal, ou mesmo transigir sobre o seu objeto”.

Consequentemente, o princípio da indisponibilidade acaba por ser a aplicação do princípio da obrigatoriedade no desenvolvimento do processo, pois não é opção para o órgão ministerial a possibilidade de dispor da ação penal por conveniência e oportunidade, deve-se buscar a aplicação da lei e deixar que o magistrado resolva a situação em litígio.

Cumpre lembrar que a lei 9.099/1995, prevê em seu artigo 89, a possibilidade da suspensão condicional do processo quando preenchidos todos os requisitos legais, sendo essa uma

mitigação ao princípio em tela.

c) Princípio da oficialidade: o Estado por meio de seus órgãos se encarrega da persecução penal, esta, ocorre tanto em âmbito administrativo, com as polícias federais e civis, quanto na esfera processual, que tem como órgão exclusivo para promover a ação penal pública o Ministério Público, dessa maneira, a oficialidade determina que o Estado é quem vai promover a ação penal pública, por meio de seu Órgão oficial (CAPEZ, 2012, p. 162).

Com a ocorrência de uma infração criminal, começa a valer o direito de punir concreto do Estado, o qual só se efetiva mediante o devido processo legal, este, tem início com proposição da ação penal. Nesse sentido, quem tem o dever de promover a ação penal pública é o ente público, por meio de seu órgão competente.

d) Princípio da oficiosidade: disciplina que o Ministério Público ao propor a ação penal, não necessita de autorização de mais nenhum outro órgão ou ente, ou seja, para oferecer uma denúncia em crime de ação penal pública incondicionada deve proceder *ex officio* de forma a manter sua independência funcional (TÁVORA; ALENCAR 2011, p. 156).

Possibilita a liberdade e a garantia da independência do órgão responsável por propor a ação penal, em que, ao estarem presentes os requisitos que possibilitam o oferecimento da denúncia, deve o Ministério Público agir de ofício oferecendo-a, cumprindo seu dever institucional.

e) Princípio da indivisibilidade: este princípio é vigente tanto na ação penal privada quanto na pública, o artigo 48, do Código de Processo Penal, estabelece que: “A queixa contra qualquer dos autores do crime obrigará o processo de todos, e o Ministério Público velará pela sua indivisibilidade”, com isso, é evidente que oferecendo a queixa ou denúncia o autor não pode, por livre arbítrio, deixar de relacionar, coautores ou partícipes do crime, todos deverão ser indicados na peça inicial.

Consoante Boschi (2002, p. 79):

Como o princípio está inspirado em razões éticas de equidade e de justiça abstrata, estaríamos, com efeito, diante de flagrante contra-senso, se o Estado pudesse aleatoriamente escolher dentre os envolvidos que denunciar, fraudando o objetivo que justificou a própria avocação do *jus puniendi*, ou seja, o objetivo de viabilização de uma sociedade segura e justa, em que todos sejam tratados equanimemente perante a lei.

Cumprir demonstrar que há posicionamento diverso, aduzindo que seria possível a divisibilidade da ação penal, ao argumento de que, o Ministério Público, com o intuito de angariar mais provas, poderia posteriormente processar os outros envolvidos no crime, assim o processo seria desmembrado ocorrendo o aditamento da denúncia com a inclusão dos demais acusados (TÁVORA; ALENCAR, 2011, p. 156).

Entretanto, em um ponto há consenso, uma vez que é unânime o entendimento de que, não sendo o caso do parágrafo anterior, o *parquet* não pode deixar de denunciar os demais envolvidos na infração penal por seu livre convencimento, sendo que, todos devem ser processados, obedecendo ao princípio da equidade.

f) Princípio da intranscendência ou da pessoalidade: o artigo 29, do Código Penal, dispõe que: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”, também a Constituição Federal ensina que a pena não passará da pessoa do condenado.

Consequentemente, a ação somente poderá ser proposta contra aquele que tenha concorrido para a prática do crime, pois a responsabilidade criminal é sobretudo subjetiva. Isto não impede, que com a morte do agente, os herdeiros, dentro dos limites da herança, estejam obrigados a indenizar.

2.2 CONDIÇÕES COMUNS OU GENÉRICAS DA AÇÃO

Como já foi anteriormente demonstrado, a ação é direito subjetivo e autônomo. No entanto, para que o sujeito possa provocar a jurisdição, devem ser preenchidos alguns requisitos essenciais para que o processo possa ter seu andamento legal sem vícios que o maculem e acabem por ocasionar sua extinção.

Neste sentido, Távora e Alencar (2011, p. 146) dispõem sobre as condições da ação: “São os requisitos necessários e condicionantes ao exercício regular do direito de ação”. Tais requisitos condicionam o exercício do direito de ação devendo estar presentes para o seu regular processamento.

A ação penal pública é a forma que o Ministério Público possui para acionar o órgão jurisdicional a se pronunciar aplicando o direito ao caso concreto, a jurisdição é exercida por meio do processo, entretanto, para que o processo possa existir e ter continuidade é necessário que a ação preencha certas condições, estas, são genéricas a todos os tipos de ações, e condicionam sua existência ao cumprimento de determinadas exigências mínimas.

A intenção do legislador ao prever a necessidade de condições genéricas da ação foi a de proteger o judiciário de demandas desarrazoadas, pois há ações que ao serem propostas, já é perceptível sua adversidade ao direito, como exemplo, pode-se citar uma ação que tenha como objetivo a prisão de uma pessoa que já tenha falecido (BOSCHI, 2002, p. 94).

Sintetizando o assunto Nucci (2015, p. 145 - 146) demonstra que:

Para que ocorra, legitimamente, o recebimento da denúncia ou da queixa, é fundamental a verificação das condições da ação, vale dizer, se estão presentes os requisitos mínimos

indispensáveis para a formação da relação processual [...]. Por vezes, inexistente razão para o ajuizamento da ação penal, muito embora o judiciário jamais possa impedir o órgão acusatório (Ministério Público ou querelante, que é o ofendido) a apresentar seu pleito (oferecer denúncia ou queixa). E se inexistir motivo fundamentado para o processo seguir seu curso, pois, na esfera criminal, é sempre um constrangimento grave ser acusado formalmente da prática de uma infração penal, deve o juiz rejeitar a denúncia ou queixa.

Percebe-se assim, que se não forem observadas as condições da ação não ocorrerá o regular exercício e prosseguimento do processo, uma vez que a ação é a mola propulsora que faz iniciar a persecução processual. Consequentemente, essas condições são analisadas pelo magistrado como critério de admissibilidade e se não estiverem presentes estará caracterizada a carência da ação.

A maioria da doutrina elenca como condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e a legitimidade de parte, o artigo 395, inciso II, do Código de Processo Penal, dispõe que a denúncia ou a queixa será rejeitada quando faltar condição para o exercício da ação penal. Cumpre agora demonstrar a importância e significado de cada uma das condições genéricas da ação penal.

a) Possibilidade jurídica do pedido: indica que somente poderá ser possível o pedido se houver respaldo legal, não pode ser admitida a ação com base em pedido impossível, ou seja, que não tenha previsão legal.

No entendimento de Távora e Alencar (2011, p. 147) a possibilidade jurídica do pedido:

Exige-se que a providência requerida pelo demandante seja admitida pelo direito objetivo. Assim, pedido possível é aquele, em tese, com respaldo legal. De pronto, se o fato narrado na inicial evidentemente não constituir infração penal, incompatibilizando-se com uma aferição da própria tipicidade, não será possível instaurar a ação penal, devendo a inicial acusatória ser rejeitada.

O Direito Penal é a *ultima ratio*, e dessa forma, está estritamente subordinado ao princípio da legalidade e da anterioridade da lei penal, sendo assim, somente será juridicamente possível o pedido se o fato narrado constituir crime expressamente tipificado em lei.

Importante diferenciar a possibilidade jurídica do pedido da análise de mérito, como evidencia Capez (2012, p. 157): “A fim de não se confundir a análise dessa condição da ação com a do mérito, a apreciação da possibilidade jurídica do pedido deve ser feita sobre a causa de pedir (*causa petendi*) considerada em tese, desvinculada de qualquer prova porventura existente”.

Nota-se que não há necessidade de compreender se realmente o autor tem o direito alegado, pois isto é questão a ser desenvolvida durante o decorrer do processo, o que deve ser analisado é se os fatos enunciados na peça inicial são realmente típicos, ou seja, se estão previstos como crime pela legislação penal.

b) Legitimidade de parte: em razão do *jus puniendi* pertencer ao Estado, decorre que a

legitimidade ativa em regra é do órgão estatal, qual seja, o Ministério Público. No entanto, nos casos de ação penal privada a vítima ou seu representante compõem o polo ativo, como substitutos processuais pleiteando em nome próprio direito alheio (TÁVORA; ALENCAR, 2011, p. 149).

A legitimidade refere-se à parte subjetiva da ação, no que tange a ação penal pública o legitimado ativo exclusivo para a causa é o Ministério Público, no polo passivo, deve figurar aquele que tenha cometido o fato criminoso, respeitando o princípio da intranscendência. Quanto à legitimidade para o processo, vale observar que deve figurar no polo ativo o membro do Ministério Público devidamente competente em consentâneo ao princípio do promotor natural.

Há de ater-se ao ensinamento de Rangel (2014, p. 285) quanto à legitimidade passiva da ação:

A legitimidade *ad causam* passiva faz com que a ação seja proposta em face do autor do fato. Assim, se Tício pratica um fato-crime, deve ser denunciado pelo Ministério Público. E se, no curso da instrução criminal, ficar comprovado que ele não é o autor da infração, deve ser absolvido. Nessa hipótese, haverá sentença de mérito. Diferente seria se no inquérito policial houvesse prova idônea de que o fato foi praticado por Tício e o promotor de justiça oferecesse denúncia em face de uma das testemunhas. Nesse caso, a denúncia não deveria se recebida, pois manifesta a ilegitimidade da parte.

Há então uma diferença que não pode passar por despercebida quanto à legitimidade como condição da ação. Se com a peça inicial for possível ao magistrado constatar de plano que o polo passivo da ação é ilegítimo, está presente a falta de condição da ação, devendo esta ser rejeitada. Entretanto, se essa constatação só for possível após a análise de provas, consequentemente no decorrer do processo criminal, não é o caso de falta de condição de ação, mas sim de análise de mérito com consequente absolvição do acusado.

c) Interesse de Agir: em princípio cumpre evidenciar lição de Rangel (2014, p. 286):

O interesse de agir está intimamente ligado ao princípio de que não há pena sem processo (*nulla poena sine iudicio*). [...]. Destarte, o interesse processual passa a ser uma necessidade de ir a juízo para reclamar alguma providência jurisdicional que se entende devida. Dessa forma, a prática de uma infração penal faz surgir a pretensão acusatória que será exercida, via ação penal, se houver interesse processual, pois, havendo a prescrição desta pretensão, entendemos não haver interesse de agir.

Para que se possa ir a juízo deve estar presente o interesse processual, caso ocorra algum evento que faça desaparecer esse interesse não haverá condição para que a ação seja intentada, dessa forma, a prescrição penal retira o interesse processual do autor de forma que estará caracterizada a carência da ação.

Para que haja a movimentação da função jurisdicional deve haver um motivo que a justifique, o interesse de agir é a relação entre a denúncia e a tutela jurisdicional requerida de

maneira que se não houver interesse de agir não deve haver ação (MARQUES, 1998, p. 294). O interesse de agir está na relação entre o pedido e a tutela requerida, de modo que se não houver a possibilidade de ser atingida a tutela não haverá interesse de agir.

Partindo para uma concepção analítica do interesse de agir, alguns doutrinadores o subdividem, assim evidencia Távora e Alencar (2012, p. 159) que o interesse de agir “materializa-se no trinômio necessidade, adequação e utilidade. Deve haver necessidade para bater as portas do judiciário no intuito de solver a demanda, através do meio adequado, e este provimento deve ter o condão de trazer algo de relevo, útil ao autor”. A seguir serão abordados esses três aspectos do interesse de agir.

O **interesse-necessidade** significa que para obter a punição do agente é necessário o acionamento da jurisdição. Em breve esclarecimento Nucci (2015, p. 149) revela que deve ocorrer a: “necessidade de existência do *devido processo legal* para haver condenação e consequente submissão de alguém à sanção penal é condição inerente a toda ação penal. Logo, pode-se dizer que é presumido esse aspecto do interesse de agir”.

A partir do entendimento de que é vedado fazer justiça com as próprias mãos, não pode, o particular, assumir o papel do Estado na busca pela punição do criminoso, constata-se que em âmbito penal, a necessidade da ação é imprescindível, não dispondo o ofendido de outros meios legais para impor a pena ao delinquente. Dessa forma, observa-se que no Direito Penal, para que ocorra a imposição de pena, é necessária a propositura da ação, e consequentemente, o devido processo legal.

Confira a parte pertinente ao tema em julgado do Supremo Tribunal Federal no Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário com Agravo ARE 710666 AM:

Decisão: Vistos. Wdson Silva da Costa interpõe tempestivo agravo regimental contra a decisão mediante a qual julguei prejudicado os embargos de declaração, com a seguinte fundamentação, na parte que interessa: [...]. Nesse contexto, falece o interesse processual de agir, sob a perspectiva do binômio necessidade-utilidade. Confira-se a esse respeito o magistério de Humberto Theodoro Júnior: (...) Localiza-se o interesse processual não apenas da utilidade, **mas especificamente na necessidade do processo como remédio apto à aplicação do direito objetivo no caso concreto, pois a tutela jurisdicional não é jamais outorgada sem uma necessidade (...)**. Vale dizer: o processo **jamais será utilizável como simples instrumento de indagação ou consulta acadêmica**. [...]. Nesses termos, considerando que a referida sentença condenatória (fls. 203 a 214) foi tornada pública aos 18/8/11 (fl. 215), sem que tenha havido recurso do Parquet Federal, e que, até a presente data, não ocorreu o seu trânsito em julgado, há de se reconhecer que a prescrição da pretensão punitiva se consumou em 17/8/12 (prescrição intercorrente). [...] (BRASIL, 2014) [grifo nosso].

Constata-se do referido julgamento que foi reconhecida a prescrição intercorrente, ocorrendo, deste modo, a desnecessidade do processo, uma vez que a punibilidade já estava

extinta, não havendo mais necessidade de manutenção da marcha processual, que caso fosse mantida, revelaria-se apenas como instrumento de consulta que não é o objetivo do processo, pois este deve ser o meio para promover jurisdição.

Nesse sentido, quando ocorrer a extinção da punibilidade do agente acarretando assim a perda do direito material de punir, é de se impor o não recebimento da denúncia uma vez que será desnecessário o acionamento da jurisdição por meio da ação penal, pois não haverá interesse de agir (CAPEZ, 2012, p. 158).

Em relação ao **interesse-adequação** é importante ater-se aos ensinamentos de Távora e Alencar (2011, p. 147), que preconizam: “como a solução do litígio vazado em juízo pressupõe a entrega ao julgador de meio hábil a solucioná-lo, esta eleição do mecanismo a ser empregado é vital ao preenchimento da condição da ação em estudo”. Com isso, deve ser observado o procedimento e as medidas corretas para cada caso, como exemplo, em um processo em que a única pena prevista para o crime seja a pena de multa não estará correto propor a ação de habeas corpus para tentar trancar o andamento processual, pois, não há ameaça ao direito da liberdade de locomoção do indivíduo.

Confira jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no Habeas Corpus n. 179348 MG 2010/0129039-8:

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) PENA-BASE. ACRÉSCIMO. PRESENÇA DE ATENUANTES. REDUÇÃO DA PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. SÚMULA 231 DO STJ. **AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR.** (3) CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. (4) REGIME. MODIFICAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. (5) WRIT NÃO CONHECIDO. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi **impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial**. 2.[...]. Nesse contexto, verifica-se que a presente ação constitucional, no mencionado aspecto, **não se reveste de indispensável requisito formal, qual seja, o interesse de agir**. 3. Concluído pelas instâncias ordinárias, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava a atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus. 4. O Juízo de origem apresentou justificativa idônea para estabelecer o regime inicial fechado e não substituir a pena privativa de liberdade (levando em conta as circunstâncias judiciais, bem como a considerável quantidade e qualidade do entorpecente apreendido, o regime de cumprimento da pena de reclusão é o inicialmente fechado. Não faz jus a substituição da pena e suspensão condicional da pena, inclusive pela quantidade - mais de quatro anos -, razão da natureza do delito, pelo regime de cumprimento, circunstâncias, etc.). 5. **Writ não conhecido**. (BRASIL, 2013) [grifo nosso].

O recurso não foi conhecido pois não foi eleita a via correta para o caso em questão, conforme explanado na decisão, deveria ser manejado o recurso especial todavia, foi interposto

habeas corpus que não seria a via adequada, carecendo assim o impetrante do interesse de agir.

O Ministério Público ou o particular deve sempre seguir com fidelidade o procedimento previsto no Código de Processo Penal, embasando sua denúncia em prova pré-constituída, angariando elementos que possam evidenciar a plausibilidade do que foi alegado. Com a inexistência de tais elementos, mesmo que a narrativa feita na peça inicial seja formalmente considerada criminosa, não haverá o interesse de agir, uma vez que não estará em tela o interesse-adequação (NUCCI, 2015, p. 149).

Evidenciando esse aspecto do Interesse de agir o Superior Tribunal de Justiça decidiu no Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 180679 RJ 2010/0139142-0:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL PRIVADA. INJÚRIA. INTERVENÇÃO DO QUERELANTE (OFENDIDO). GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. **REPERCUSSÃO NO INTERESSE DE AGIR**. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. PLEITO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. AUSENTES ELEMENTOS PROBATÓRIOS MÍNIMOS.

1. Em habeas corpus oriundo de ação penal privada, cabe permitir, excepcionalmente, a intervenção do querelante no julgamento do writ, porquanto a decisão repercute em seu interesse de agir.

2. O trancamento da ação penal só se justifica quando evidenciada a atipicidade de plano, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade.

3. Para o recebimento de queixa-crime é necessário que as **alegações estejam minimamente embasadas em provas** ou, ao menos, **em indícios de efetiva ocorrência dos fatos**. [...] Não basta que a queixa-crime se limite a narrar fatos e circunstâncias criminosas que são atribuídas pela querelante ao querelado, sob o risco de se admitir a **instauração de ação penal temerária**, em desrespeito às regras do indiciamento e ao princípio da presunção de inocência (Inq n. 2.033, Ministro Nelson Jobim, Pleno, DJ 17/12/2004).

4. Não existindo ilegalidade manifesta a ser reparada, é de rigor a manutenção da decisão que determinou a extinção da ação penal, por seus próprios fundamentos.

5. Agravo regimental improvido. (BRASIL, 2013) [grifo nosso].

Assim, para que haja a adequação não basta apenas que seja escolhida a medida correta prevista na legislação, é necessário também que exista um lastro probatório mínimo que tenha indícios da ocorrência dos fatos alegados. Não pode o poder judiciário ser provocado a se pronunciar no caso concreto com base apenas nos fatos narrados pelo autor, pois correrá o risco de depreender esforços e tempo em uma ação irresponsável.

No Direito Penal, o acusado se defenderá dos fatos a ele imputados e não do enquadramento legal por ventura indicado pelo autor. O equívoco na escolha do tipo penal não obsta o magistrado de receber a inicial, desde que haja adequação mínima com prova pré-constituída, devendo fazer a subsunção correta adequando os fatos narrados ao tipo legal, corrigindo assim o erro ao proferir a sentença. Entretanto, se não há lastro probatório mínimo que possa evidenciar uma infração penal não estará presente o interesse-adequação, e a peça inicial não deve ser acolhida.

Como último aspecto do interesse de agir abordado neste trabalho temos o **interesse-utilidade**. Para Nucci (2015, p. 149) constitui:

Quanto ao interesse-utilidade, significa que a ação penal precisa apresentar-se útil para a realização da pretensão punitiva do Estado. Vislumbrando-se, por exemplo, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade, é natural que o processo deixe de interessar ao Estado, que não mais possui pretensão de punir o autor da infração penal.

No mesmo sentido enuncia Malcher (2002, p. 271) “[...] só há interesse de agir quando se pode concretamente, obter o que se pretende com a decisão. Seria inútil, por exemplo, que fosse proposta uma ação penal visando obter a condenação por um fato cuja punibilidade estivesse extinta pela prescrição, ou fosse impunível [...]”.

Em julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, dessa forma se posicionou no Recurso em Sentido Estrito RSE 00152459420108190002 RJ 0015245-94.2010.8.19.0002:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. LESÃO CORPORAL. AMEAÇA. FRAUDE PROCESSUAL. PRESCRIÇÃO. DA PRELIMINAR DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA LEGITIMIDADE RECURSAL DO ASSISTENTE DE ACUSACÃO - Segundo a jurisprudência, a legitimidade do assistente de acusação para recorrer, quando inexistente recurso do Ministério Público, é ampla, podendo impugnar tanto a sentença absolutória quanto a condenatória, já que a sua atuação se justifica pelo desejo legítimo de buscar justiça e não, apenas, eventual reparação cível. Incidência do enunciado de Súmula 210 do STF. DA PRESCRIÇÃO PELA PENA IDEAL - Ciente da divergência acerca da matéria e independente da posição a que se filia o julgador, a verdade é que, no caso em tela, a pretensão punitiva estatal restará atingida pelo fenômeno da prescrição, pois decorridos mais de 02 anos entre a data do recebimento da denúncia e a da sentença vergastada, ao se considerar, também, que a nova redação do artigo 109, inciso VI, do Código Penal não se aplica, aqui, por ser posterior aos fatos em julgamento. Neste ponto, cabe ressaltar que, apesar da unificação das penas para efeito de concurso de crimes e seu cumprimento, no cálculo da prescrição deve-se tomar, isoladamente, a sanção prevista para cada delito, conforme dispõe o artigo 119 do Código Penal. Assim e sem que se olvide da citada Súmula de nº 438 do Superior Tribunal de Justiça, no caso, deve prevalecer o princípio do aproveitamento do ato com vício processual, porque, se anulado, **nenhum resultado relevante gerará, pois fulminada a pretensão estatal pela prescrição, não mais existindo qualquer resultado prático ou utilidade na persecução penal**. Melhor dizendo, **evidente está a falta de interesse de agir do Estado no prosseguimento do processo**, como bem se posiciona esta Egrégia Quinta Câmara Criminal ao reconhecer a inutilidade do provimento jurisdicional fundado na perda do interesse processual pelo Estado e em atenção aos princípios da utilidade e da adequação. Daí - repita-se - ante vista a prescrição pela pena em concreto, de nada adiantará a anulação do decisum, podendo-se concluir que nenhum prejuízo resultou para o Estado. Inteligência do artigo 563 do Código de Processo Penal. Muito embora pretenda, ainda, o Ministério Público a reforma da sentença sob o fundamento de que, para efeito da prescrição da pretensão punitiva estatal, deve ser considerada a pena cominada em abstrato e a sanção em concreto, faz-se mister ressaltar que, independentemente, do posicionamento a ser adotado, a pretensão punitiva **estatal restará fulminada pelo fenômeno da prescrição, entretanto, por outro argumento, qual seja, não mais existir qualquer resultado prático ou utilidade na persecução penal**. Bom frisar - que a pena mínima prevista, em abstrato, para cada um dos respectivos delitos é inferior a 01 (um) ano e sendo os recorridos primários, conforme Folhas de Antecedentes Criminais, inexistente razão para fixação da reprimenda acima do mínimo legal, de forma a afastar o lapso prescricional de 02 anos. Assim, ainda que anulada viesse a ser a decisão contrariada pelo assistente de acusação e prolatada outra com o julgamento do mérito, a sanção não ultrapassaria aquele patamar RECURSO

DESPROVIDO. (RIO DE JANEIRO, 2015) [grifo nosso].

Dessa forma, ocorrendo uma causa de extinção da punibilidade, desaparece a possibilidade de obter o resultado pretendido pela acusação, ou seja, não poderá mais o processo alcançar um resultado prático, desaparecendo então o interesse de agir em seu aspecto utilidade.

Há o interesse do Estado-acusação de punir o acusado, no entanto, o interesse de agir como condição da ação é processual e se refere a capacidade de conseguir do judiciário a concretização da tutela pretendida, devendo está presente no processo para que possibilite a concretização do direito de punir estatal (TOURINHO FILHO, 2011, p. 198).

Ao se fazer uma pesquisa, uma obra ou um trabalho qualquer, sempre há em mente um objetivo a ser alcançado, e este deve ser útil, para satisfazer as necessidades de quem o realiza. No processo penal não é diferente, o autor ao propor uma ação tem sempre em vista um objetivo útil, que é a condenação do acusado provando sua culpa. Dessa forma, para que o processo penal tenha início é necessário que haja a possibilidade de obter um resultado útil, caso este não possa ocorrer, não fará sentido iniciar algo que está condenado ao fracasso.

Assim decidiu a Quinta Turma do STJ em Recurso Ordinário em Habeas Corpus, RHC 29035 GO 2010/0175163-0:

DIREITO PROCESSUAL PENAL - RECURSO ORDINÁRIO EM "HABEAS CORPUS" - PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - SUPERVENIÊNCIA DE JUÍZO ABSOLUTÓRIO - PERDA DO INTERESSE DE AGIR - RECURSO NÃO CONHECIDO.

1. Absolvido com trânsito em julgado, perde o impetrante o interesse de agir quanto ao "habeas corpus" que buscava o trancamento de ação penal contra ele ajuizada.
2. Recurso ordinário em "habeas corpus" prejudicado e não conhecido. (BRASIL, 2013) [grifo nosso].

Se o réu foi absolvido com sentença transitada em julgado, não mais será ameaçada sua liberdade de ir e vir, sendo assim, não terá mais utilidade a impetração do Habeas Corpus. Observa-se que o interesse de agir assim como as outras condições da ação, devem estar presentes não somente no momento da propositura da ação/denúncia como também durante toda a persecução processual penal, e se por algum motivo elas não mais existirem faz-se necessário o encerramento do feito.

Escrevendo acerca do tema Oliveira (2003, p. 68) conclui que:

[...], desloca-se para o interesse de agir também a preocupação com a efetividade do processo, de modo a poder-se afirmar que este, enquanto instrumento da jurisdição, deve apresentar, em juízo prévio e necessariamente anterior, um mínimo de viabilidade de satisfação futura da pretensão que informa seu conteúdo. É dizer, sob perspectiva de sua efetividade, o processo deve se mostrar, desde a sua instauração, apto a realizar os diversos escopos da jurisdição, isto é, revelar-se útil.

Relevante a o entendimento e a capacidade de enxergar o processo como um instrumento que viabiliza a jurisdição, a partir do momento que a tutela jurisdicional não tem mais possibilidade de ser efetivada perde-se a razão de ser do processo, uma vez que ele não poderá mais ser efetivo porque é inútil não podendo efetivar a pretensão requerida.

Acerca do interesse de agir Mirabete (2005, p. 88) revela que: “Mas o interesse de agir pressupõe, além dos dois requisitos, a utilidade do provimento jurisdicional, ou seja, só existe quando a decisão pode interferir em algo que possa ter algum relevo para o autor”.

Confira também pronunciamento do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário RE 762420 SC de relatoria do Ministro Roberto Barroso:

Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim do (fl. 1.424): “EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. ABSOLVIÇÃO PRETENDIDA. INTERESSE RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO. ‘Assim como o exercício do **direito de agir está condicionado à demonstração do interesse (utilidade + necessidade)**, também a admissibilidade dos recursos depende da verificação daquele requisito. O interesse em recorrer está na vantagem de ordem prática que se pode esperar da reforma da decisão recorrida.’ **‘Sendo reconhecida a ocorrência da prescrição retroativa da pena aplicada, restam prejudicados os pedidos de absolvição dos apelantes, uma vez ausente o interesse nesse sentido. É sabido que uma das conseqüências do acolhimento da prescrição da pretensão punitiva é justamente, impedir a manifestação dos efeitos penais e extrapenais da condenação, restando ausente o interesse do réu em recorrer’.** Precedentes desta Corte. ‘O interesse em agir na via recursal faz-se a partir do gravame que decorra do ato impugnado, ou seja, da conclusão sobre a possibilidade de se alcançar pronunciamento mais satisfatório, sob o ângulo jurídico’. Precedente do STF.” O recurso busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal. A parte recorrente alega violação ao art. 1º, III, e ao art. 5º, caput, da Constituição. O recurso extraordinário não pode ser conhecido, uma vez que a alegada violação aos dispositivos constitucionais tidos por violados não foi apreciada pelo acórdão impugnado. Tampouco foram opostos embargos declaratórios para sanar eventual omissão. Portanto, o recurso extraordinário carece de prequestionamento (Súmulas 282 e 356/STF). (BRASIL 2013) [grifo nosso].

A decisão acima apenas reforça o que já ficou demonstrado anteriormente, com a prescrição da pretensão punitiva acaba-se, extingue-se o interesse de agir, pois não poderá mais ser alcançada uma decisão útil. Perde o interesse de agir inclusive do réu que não poderá recorrer caso seja extinta a punibilidade com base na prescrição da penal retroativa, pois tal decisão impede quaisquer efeitos penais ou extrapenais da condenação.

Utilidade nesse sentido exprime-se na capacidade de ser efetiva a prestação jurisdicional. O processo também é o meio eficaz à pretensão punitiva estatal, com a impossibilidade de alcançar o resultado pretendido pelo Estado, não faz sentido o existir da ação penal, pois sua finalidade será inócua, não havendo assim o interesse de agir. Tem-se como exemplo, a hipótese do oferecimento da denúncia ou o prosseguimento do processo quando, com o exame da provável pena a ser imposta, caso comprovada a culpabilidade do acusado, seja possível antever a incidência da prescrição retroativa (CAPEZ, 2012, p. 158).

A ação penal é o instituto que permite o início do processo penal para que seja efetivado o Direto Penal material, entretanto, ao propor uma ação faz-se necessário observar alguns requisitos mínimos, denominados condições da ação. Essas condições possibilitam um grau de confiabilidade da ação, evitando que sejam propostas demandas desarrazoadas.

Sofrer uma acusação em um processo penal provoca um grande constrangimento e desgaste emocional, além de gastos econômicos tanto para o Estado quanto para o acusado. Dessa forma, as condições da ação, servem como um filtro que evita a propositura e ou o andamento processual, de ações que são inviáveis. Nesse sentido, a ação penal deve conter pedido juridicamente possível, deve ser proposta pela parte legítima, deve ser adequada, necessária e principalmente, útil.

O Estado, ao propor a denúncia está exercendo sua pretensão punitiva em busca da punição do criminoso, caso não seja mais possível a aplicação da sanção penal, não há mais interesse útil da ação, deve ela ser rejeitada, ou se o processo já estiver em curso, deve este ser extinto.

A extinção da punibilidade é sem dúvida uma das causas que retiram a utilidade da ação, pois se a ação penal busca a punição do criminoso e esta já não é mais possível, não haverá utilidade na demanda. Como exemplo, pode-se citar a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva que causará a inutilidade da ação penal, por extinguir a punibilidade.

Nesse diapasão, vislumbrando-se causa que impeça a aplicação da pena ao acusado, faz-se necessário a extinção do processo ou o não recebimento da denúncia, por falta de utilidade da ação penal.

2.3 DIREITO PROCESSUAL PENAL

Com a propositura de uma ação penal visando à punição do possível criminoso, tem-se início a persecução processual penal, ou seja, começará o processo penal que é o meio pelo qual se aplica a jurisdição ao caso concreto.

Segundo o entendimento de Capez (2012, p. 45) o Direito Processual Penal é: “[...]o conjunto de princípios e normas que disciplinam a composição das lides penais, por meio da aplicação do Direito Penal objetivo”.

Na mesma esteira Amaral (1998, p. 18) destaca que:

O Direito Processual Penal é um dos Ramos do Direito Público, que visa à aplicação da norma substantiva ou repressiva, também chamada de Direito Penal. É o chamado direito adjetivo, ou norma de caráter processual, através da qual terá corpo o processo penal instaurado para apurar determinada infração penal.

Destas afirmações depreende-se que, para ocorrer à prestação jurisdicional impondo a punição ou a absolvição do acusado, deve-se respeitar o processo penal, observando uma série de princípios e normas procedimentais que garantam o exercício do *jus puniend* estatal e os direitos fundamentais do acusado, frente a qualquer tipo de ilegalidade.

O Direito Processual Penal possibilita ao Estado buscar a aplicação da sanção ao criminoso e ao mesmo tempo permite ao acusado que se defenda da acusação imputada, impondo o respeito aos direitos fundamentais conforme previsto e garantido pelo princípio do devido processo legal. Em ensinamento Assevera Marques (2003, p. 16 *apud* TÁVORA; ALENCAR, 2012, p. 34) que o Direito Processual Penal é: “o conjunto de princípios e normas que regulam a aplicação jurisdicional do direito penal, bem como as atividades persecutórias da polícia judiciária, e a estruturação dos órgãos da função jurisdicional e respectivos auxiliares”.

É composto por normas que disciplinam previamente os procedimentos, concatenando como deve ocorrer a persecução penal e que garante ao acusado a possibilidade de se defender do poder punitivo estatal, assim como, evidencia como o Estado procederá para que possa cumprir seu poder/dever de punir de forma adequada e justa, conforme previsto na legislação.

Conforme evidencia Nucci (2015, p. 28) “Deve-se partir da visão constitucional de Direito e Democracia, diferenciando direitos e garantias fundamentais, para atingir, a partir disso, uma correta e ampla visão do processo penal”. Sendo assim, o processo penal não pode ser interpretado dissociado da Constituição Federal e dos princípios de um Estado Democrático.

O processo penal deve se adequar às garantias e aos direitos individuais previstos constitucionalmente, tendo assim o objetivo de proteger a dignidade do ser humano e impedir que sofra qualquer tipo de ilegalidade durante a persecução processual pena. O processo então, frente ao ordenamento jurídico atual é acima de tudo, uma garantia do acusado de que terá seus direitos individuais respeitados e que somente sofrerá uma sanção penal se for observado os procedimentos legais durante a persecução processual penal.

2.3.1 Lei processual penal no tempo

Antes de falar a respeito da lei processual no tempo é necessário evidenciar alguns conceitos importantes como o de atividade e extratividade da lei.

O conceito de atividade da lei pode ser entendido como o período em que a lei tem vigência, ou seja, é o espaço de tempo compreendido da entrada em vigor até a extinção de uma lei, é quando a lei regula e produz efeitos atingindo os fatos ocorridos sob seu escudo, resumindo, é o período em que a lei tem força, validade (CAPEZ, 2012, p. 89).

A extratividade por sua vez é gênero que abrange a retroatividade e a ultratividade. Em

seus ensinamentos Capez (2012, p. 89) a define: “Extratividade é a incidência de uma lei fora do seu período de vigência. Se o período for anterior à sua entrada em vigor, ocorre a chamada retroatividade; se posterior, surge a ultratividade, sendo ambas espécies do gênero extratividade”.

Nota-se, por conseguinte, que a extratividade acaba sendo uma forma que a lei possui para vigorar, alcançando fatos ocorridos fora do seu período de atividade. Incidindo sobre fatos ou atos pretéritos ao seu período de atividade, denomina-se retroatividade, quando futuros, ultratividade.

O artigo 2º, do Código de Processo Penal, regulamenta que “a lei processual aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”. Depreende-se que a norma processual penal em regra é de aplicação imediata, ou seja, a lei processual penal é aplicada tão logo entre em atividade, não levando em consideração se seus efeitos serão prejudiciais ao acusado.

Nesse sentido, Távora e Alencar (2011, p. 49) lecionam:

A lei processual penal, uma vez inserida no mundo jurídico, tem aplicação imediata, atingindo inclusive os processos que já estão em curso, pouco importando se traz ou não situação gravosa ao imputado, em virtude do princípio do efeito imediato ou da aplicação imediata.

Com isso, os atos já praticados sob a égide da lei anterior continuam válidos, tendo a lei nova efeitos apenas com relação aos atos praticados da sua entrada em vigor em diante, não havendo retroatividade nesse sentido. No entanto, por outro prisma, ela retroage regulando o processo oriundo de um fato ocorrido antes de sua entrada em vigor, disciplinando o procedimento do momento de sua vigência em diante.

Se no decorrer de um processo penal houver mudança na lei processual, a lei nova passa a valer disciplinando-o dali para frente, mesmo que o fato que deu origem ao processo seja anterior a sua vigência, essa lei vai ter aplicação imediata, sendo que, os atos praticados sob a vigência da lei antiga continuam válidos, não retroage a lei nova para anular o que já foi concretizado (AMARAL, 1998, p. 26).

Outro ponto importante diz respeito à diferença de norma penal para norma processual, pois há normas de caráter penal que estão inseridas no Código de Processo Penal, essas, são denominadas de normas processuais penais materiais (NUCCI, 2015, p. 94).

Para Capez (2012, p. 91) a norma penal é:

Considera-se penal toda e qualquer norma que afete, de alguma maneira, a pretensão punitiva ou executória do Estado, criando-a, extinguindo-a, aumentando-a ou reduzindo-a. Assim, uma norma que incrimina um novo fato tem caráter pena, pois esta criando o direito de punir para o Estado, com relação a esse fato. Se a norma cria uma nova causa extintiva da punibilidade, está afetando o direito de punir, permitindo seu perecimento ante uma nova hipótese. Se aumenta ou diminui a pena, também estará repercutindo no *jus puniendi* estatal.

Norma penal então, afeta o *jus puniendi* do Estado modificando-o. Essa norma pode estar prevista no Código Penal e no Código de Processo Penal que sua aplicação segue as regras de Direito Penal, ou seja, caso mais benéfica ao acusado, irá retroagir, se desfavorável, não retroage, vigorando apenas para os fatos ocorridos de sua vigência em diante.

Assevera Malcher (2002, p. 71) que a norma processual penal:

Sendo o processo um meio para a concretização da norma material, obtida através da atuação das partes e da decisão jurisdicional, um veículo para a atuação jurisdicional, a norma processual penal é de natureza instrumental, pois serve ao fim do processo, que é permitir a solução jurisdicional do conflito de interesses[...]

Com isso não atinge a pretensão punitiva do Estado, apenas regulam o comportamento das partes para a obtenção do fim almejado, a norma processual até poderá restringir a liberdade do acusado, mais os motivos que levam a essa restrição são processuais, por necessidade ou conveniência do processo e não por uma modificação no direito de punir estatal.

A norma processual penal no tempo tem aplicação diversa da norma penal, pois ela não tem a capacidade de influir no direito de punir do Estado, em suma, por não criar crimes nem interferir na capacidade de punir estatal ela tem aplicação imediata e rege o processo a partir do momento em que entra em atividade.

A prescrição penal por ser uma causa de extinção da punibilidade prevista no Código Penal e conseqüentemente por influir na capacidade punitiva do Estado é norma de direito penal, deve seguir as regras inerentes à norma penal no tempo, ou seja, retroagir caso seja benéfica ao réu e disciplinando os fatos ocorridos de sua entrada em vigor em diante caso aumente o poder punitivo estatal, também, no que se refere à contagem do prazo deve incluir o dia inicial.

2.3.2 Princípios processuais penais

Como já foi demonstrado, para que se possa entender e aplicar o processo penal é necessário interpretá-lo em consonância com a Constituição Federal. Em sua obra Nucci (2015, p. 29) explica que:

Considerando-se que, no direito constitucional brasileiro, prevalece a meta de cumprir e fazer cumprir os postulados do Estado democrático de Direito, necessita-se captar as principais características dos direitos e garantias humanas fundamentais, aplicando-se cada uma das que se ligam à matéria processual penal ao direito infraconstitucional, previsto no Código de Processo Penal, que, à luz da Constituição de 1988, deve necessariamente adaptar-se.

Observa-se que o Código de Processo Penal foi criado em 1941, sob a égide do Estado

Novo, em um contexto social e jurídico diverso da atualidade. Hoje, o processo penal deve respeitar e adequar-se aos princípios expressos e decorrentes da Constituição Federal, de forma a realmente efetivar os objetivos de um Estado Democrático de Direito. Dentre esses princípios, destacam-se:

a) Princípio da dignidade da pessoa humana: está expressamente previsto na Constituição Federal, como fundamento da República Federativa do Brasil, é suporte e base para todos os direitos e garantias fundamentais.

Conforme expõe Moraes (2012, p. 19):

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

É então um valor que está na essência da pessoa, é imanente da própria condição de ser humano, não havendo distinção entre os indivíduos, todos são humanos, logo todos têm dignidade.

Acerca da relação da dignidade humana com os direitos fundamentais do homem Silva (2006, p. 178) ensina:

No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana.

Com isso, observa-se que para que haja a efetiva obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana é necessária a efetivação dos direitos fundamentais do homem, pois ele, como pessoa, somente terá dignidade quando tiver respeitados e concretizados seus direitos fundamentais.

A dignidade da pessoa humana não está apenas em assegurar as condições mínimas de sobrevivência digna, como alimentação, vestuário, lazer entre outros, e, acima de tudo, deve se respeitar e proteger a pessoa em seu aspecto subjetivo como em relação a seus sentimentos, sua autoestima e outros direitos inerentes ao ser humano, e de cunho subjetivo.

Complementando o tema exposto Migliore *et al* (2010, p. 52) relatam: “[...] além de fundamento, a dignidade é fonte e princípio. É justificativa, razão de existência e norte na interpretação de todos os institutos jurídicos, de modo a assegurar que se efetive a ampla proteção

aos direitos fundamentais [...]”.

Ainda acerca do princípio da dignidade da pessoa humana Martins (2012, p. 126) discorre:

[...], enquanto expressão positiva do valor fonte do ordenamento constitucional brasileiro, acaba por funcionar como um operador deôntico especial, pois, mesmo quando não esteja diretamente envolvido na solução jurídica do caso concreto, o valor que ele traduz será chamado a conformar, orientar e limitar a opção realizada.

Nota-se a dimensão da importância do princípio da dignidade humana no ordenamento jurídico brasileiro deve influenciar todos os institutos jurídicos, ou seja, ao realizar a interpretação buscar-se-á o sentido da norma penal e processual penal, levando-se em consideração a dignidade humana, pois ela também norteará a aplicação de toda norma.

Dessa maneira, o homem tem valor absoluto não podendo figurar como instrumento para o ordenamento jurídico, pois este só existe em razão daquele que tem dignidade e por isso é pessoa (SANTOS, 1999, p. 107).

Nesse sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana deve refletir em todo o ordenamento jurídico, uma vez que o homem é o motivo de sua existência. Sem a pessoa humana não existiria nenhum ordenamento. Infere-se, então, que o ordenamento jurídico tem vida para satisfazer e proteger o homem, é na realidade sua razão de existir. Não pode dessa forma a pessoa em um processo penal ser relegada a segundo plano em detrimento de um positivismo exagerado que retira o homem do centro de importância da norma colocando-o como figurante em uma relação processual.

Os direitos fundamentais do homem são normas positivas constitucionais, portanto, nascem e se fundamentam no princípio da soberania popular, tendo em regra eficácia imediata, e mesmo que alguns desses direitos constitucionais possam ter eficácia limitada, são normas jurídicas e são garantias da efetivação da democracia (SILVA, 2006, 180).

Também preconiza Nucci (2015, p. 33) dizendo:

O Processo Penal constitui o amálgama do Direito Penal, pois permite a aplicação justa das normas sancionadoras. A regulação dos conflitos sociais, por mais graves e incômodos, depende do respeito aos vários direitos e garantias essenciais à formação do cenário ideal para a punição equilibrada e consentânea com os pressupostos do Estado Democrático de Direito, valorizando-se, acima de tudo, a dignidade humana.

A junção do Processo Penal com o Direito Penal é o que possibilita a punição do criminoso ou a constatação da inocência do acusado, de salutar importância é compreender que não importa a gravidade do delito cometido, no ordenamento jurídico brasileiro, deve-se sempre respeitar primordialmente a dignidade humana no decorrer de um processo penal, evitando com isso, desrespeitos aos direitos e garantias individuais.

Então, o princípio da dignidade da pessoa humana serve como pilar para todo o ordenamento jurídico brasileiro, está intimamente ligado aos direitos e garantias fundamentais que exteriorizam e possibilitam sua observância, esse princípio deve estar presente em toda interpretação da norma pois é fundamento da República do Brasil e está na essência de um estado democrático de direito.

b) Princípio da presunção de inocência: o artigo 5^a, inciso LVII, da Constituição Federal, dispõe que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. É um princípio constitucional exposto, que garante ao acusado sua presunção de inocência até o final do processo, com o trânsito em julgado.

Ao ser humano, é inerente o estado de inocência em relação a um delito cometido, somente pode ser considerado culpado se transitado em julgado a sentença condenatória, disso, decorrem algumas premissas, como evidencia Távora e Alencar (2011, p. 55):

O reconhecimento da autoria de uma infração criminal pressupõe sentença condenatória transitada em julgado (art. 5º, inc. LVII da CF). Antes deste marco, somos presumivelmente inocentes, cabendo à acusação o ônus probatório desta demonstração, além do que o cerceamento cautelar da liberdade só pode ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade.

Do princípio em tela decorre que o ônus probatório é da acusação, que deve provar o que alegou, somente será permitido a restrição à liberdade antes do trânsito em julgado, por meio de medida cautelar, e se essencial à utilidade da instrução e à ordem pública, nunca como aplicação de pena.

A presunção de inocência integra-se ao princípio do *in dubio pro reo* uma vez que na falta de certeza para a condenação deve-se presumir a inocência do réu, garante o direito ao silêncio sendo obstáculo à autoacusação. Também reforça o princípio da intervenção mínima do Estado, pois, o direito penal é a última opção, devendo ser aplicado somente quando indispensável, o cerceamento da liberdade também deve se dar somente quando houver certeza quanto a autoria e a materialidade do crime (NUCCI, 2015, p. 34).

Do princípio em voga, decorrem várias garantias processuais, que têm como objetivo a obediência aos direitos individuais do acusado, dispõe que sua inocência é presumida e que para fazer valer o direito punitivo estatal, com a imposição de uma pena, deve ser comprovada cabalmente a culpa do acusado de maneira que fique comprovado ser o autor do crime e merecedor da pena.

c) Princípio do contraditório: assegurado no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, esse princípio garante às partes o poder de se manifestarem a respeito das alegações e provas oferecidas pela parte contrária, abrange tanto a defesa quanto a acusação.

Assim, Rangel (2014, p. 17) afirma o que deve ser observado:

Contudo, há de se ressaltar que contraditório não é apenas dizer e contradizer sobre matéria controvertida, não é apenas o debate que as partes realizam no processo sobre a relação de direito material, mas principalmente e exclusivamente, é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei.

Dessa forma, garantir-se-á um perfeito equilíbrio na relação processual, o que promoverá a paridade entre as partes. Em regra, o contraditório é exercido em relação as alegações fáticas ou apresentação de provas, cabendo à parte contrária o direito de se manifestar acerca do que a outra parte traz para os autos, devendo sempre estar presente a igualdade de oportunidade entre as partes durante a relação processual.

O contraditório possibilita a dialética processual e dá a oportunidade para a parte se manifestar a respeito do que foi trazido aos autos pela outra parte, impede, dessa maneira, que determinada prova seja valorada pelo magistrado sem a devida chance de ser realizada a contraprova, ou seja, deve ser oportunizada a dialética processual.

d) Princípio da ampla defesa: com fundamento constitucional (art. 5º, inc. LV) garante ao acusado se valer de todos os meios possíveis de defesa para provar sua inocência.

Dispondo sobre o assunto Nucci (2015, p. 35 - 36) aduz que:

Ao réu é concedido o direito de se valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação. [...]. Considerado, no processo, parte hipossuficiente por natureza, uma vez que o Estado é sempre mais forte, agindo por órgãos constituídos e preparados, valendo-se de informações e dados de todas as fontes às quais tem acesso, merece o réu um tratamento diferenciado e justo, razão pela qual a ampla possibilidade de defesa se lhe afigura a compensação devida pela força estatal.

Por ser a parte mais fraca, ao réu são garantidos meios de defesa, de forma a compensar a sua debilidade frente ao Estado, evitando sobremaneira, que, devido ao grande poder estatal, possa ocorrer injustiça para com o acusado, o qual se veria sem meios adequados de defesa, caso não tivesse garantias condizentes com sua posição processual desfavorável.

Decorrem desse princípio várias garantias, tais como: o direito do acusado se defender-se pessoalmente podendo manter-se em silêncio caso deseje, direito a defesa técnica e de qualidade e o direito de ajuizamento de revisão criminal nos casos em que a lei admite.

e) Princípio da verdade real: de início, importa saber que o conceito de verdade é muito relativo, sendo certo apenas que é impossível extrair dos autos com fidedignidade a realidade do delito.

Assim descreve Nucci (2015, p. 56):

[...], jamais, no processo, pode assegurar o juiz ter alcançado a *verdade objetiva*, aquela que corresponde perfeitamente com o acontecimento no plano real. Tem, isto sim, o

magistrado uma crença segura na verdade, que transparece através das provas colhidas e, por tal motivo, condena ou absolve.

Não se tem como fugir do procedimento. A busca da verdade real ocorre dentro do processo, e está associada a ele. Dessa forma, é evidente que a verdade real não será atingida plenamente, devendo, o juiz, com os meios que dispõe, buscar ao máximo se aproximar da realidade.

No processo penal não é admissível como verdadeiros os fatos não contestados, como ocorre no processo civil, pois, aqui, trata-se sempre de interesses indisponíveis, com isso, o magistrado deve angariar provas, não estando obrigado a aceitar somente as carreadas pelas partes.

Objetivando se aproximar ao máximo da realidade fática do delito, pode ocorrer, em certos casos, que o juiz autorize a dispensa da aplicação da lei, por exemplo: quando a parte deseja ouvir mais testemunhas do que está previsto na legislação, o magistrado com base no princípio da verdade real, pode autorizar esse ato (NUCCI, 2015, p. 57).

Conclui-se que pelo princípio da verdade real o magistrado, por meio do processo, buscará chegar o mais próximo possível da verdade fática, para, dessa forma, obter seu convencimento e então condenar ou absolver o acusado fundamentadamente. O juiz, nesse sentido, deve ser conhecedor dos autos, pois será ele quem irá aplicar a legislação ao caso em questão.

f) Princípio da obrigatoriedade: segundo ensinam Távora e Alencar (2011, p. 60), a obrigatoriedade significa que: “Os órgãos incumbidos da persecução criminal, estando presentes os permissivos legais, estão obrigados a atuar. A persecução criminal é de ordem pública, e não cabe juízo de conveniência ou oportunidade”.

Esse princípio decorre do princípio da legalidade, pois é a lei que prevê quem deve realizar a persecução penal quando da ocorrência de um crime, entretanto, deve-se ter em mente que para a atuação do órgão estatal responsável pela persecução processual, deverão estar preenchidos os requisitos legais, como: as condições genéricas e específica das ação penal. Consequentemente, sendo possível a persecução processual penal, está o Ministério Público obrigado a agir, não admitindo-se juízo de oportunidade e conveniência.

g) Princípio do impulso oficial: acerca desse princípio, assim dispõe Capez (2012, p. 69): “Instaurada a relação processual, compete ao juiz mover o procedimento de fase em fase, até exaurir a função jurisdicional”. Após iniciado o processo, o magistrado é o responsável por seu andamento, conduzindo-o, observando as normas processuais, e impulsionando o processo para que seja resolvida a demanda conforme os ditames legais.

h) Princípio do devido processo legal: como o nome sugere, esse princípio aduz que deve ser respeitado o procedimento processual previsto em lei. Conforme Rangel (2014, p. 04): “O

princípio significa dizer que devem respeitar todas as formalidades previstas em lei para que haja cerceamento da liberdade (seja ela qual for) ou para que alguém seja privado de seus bens”.

Está previsto na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LIV, assegurando que: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Cumpre transcrever lição de Marques (2003 *apud* TÁVORA; ALENCAR, 2011, p. 66): “O processo deve ser instrumento de garantia contra os excessos do Estado, visto como ferramenta de implementação da Constituição Federal, como garantia suprema do *jus libertatis*”.

O processo está previsto em lei, sendo indispensável sua observância para que seja possível cercear a liberdade do acusado, pois, dessa maneira, estará garantida a observância do princípio da legalidade e concretizada a segurança jurídica. Em resumo, o devido processo legal, em um Estado Democrático, serve como garantia para o acusado frente ao poder punitivo estatal.

i) Princípio do favor rei ou favor réu: lecionam Távora e Alencar (2011, p. 67): “A dúvida sempre milita em favor do acusado (*in dubio pro reo*). Em verdade, na ponderação entre o direito de punir do Estado e o *status libertatis* do imputado, este último deve prevalecer”. É princípio constitucional implícito, decorrente do princípio da presunção de inocência. O presente princípio dispõe que em caso de dúvida a decisão deve pender para o lado do réu beneficiando-o.

Corroborando com o que foi exposto Nucci (2015, p. 35) escreve que:

Por outro lado, quando dispositivos processuais penais forem interpretados, apresentando dúvidas razoável quanto ao seu real alcance e sentido, deve-se optar pela versão mais favorável ao acusado, que, como já se frisou, é presumido inocente até que se demonstre o contrário. Por isso, a sua posição, no contexto dos princípios, situa-se entre aqueles vinculados ao indivíduo, sendo, ainda, considerado como constitucional implícito.

O *favor rei* é uma garantia de grande validade prática, uma vez que, em muitos casos não é possível comprovar plenamente a autoria e materialidade do crime, com isso, respeitando os ditames democráticos e constitucionais, torna-se necessária a aplicação de decisão que prime pelo respeito aos direitos fundamentais, preservando a liberdade do ser humano.

Ainda exemplificando os efeitos decorrentes do princípio em comento Rangel (2014, p. 35) demonstra que: “O *favor rei* é o que autoriza o juiz (ou tribunal) a absolver o réu quando, verificando ter ocorrido a prescrição, o feito já estiver suficientemente maduro para proferir uma decisão de mérito, absolvendo-o”. Dessa maneira, o magistrado observando a ocorrência da causa extintiva de punibilidade durante o processo, pode extingui-lo, absolvendo o acusado, pois não há necessidade de continuar a persecução processual penal, tendo em vista que, agindo assim será mais benéfico ao réu.

Este princípio, em síntese, significa que quando houver dúvida entre a prevalência do direito de punir estatal e a manutenção da liberdade ou inocência do acusado deve prevalecer a

opção que beneficie o acusado.

j) Princípio da economia processual: Sobre o referido princípio explana Capez (2012, p. 71): “O processo é instrumento, não se podendo exigir um dispêndio exagerado com relação aos bens que estão em plena disputa. Exprime a procura da máxima eficiência na aplicação do direito, com o menor dispêndio de atos processuais possível”. Deve-se buscar a maior economia processual, sem contudo, perder a qualidade na prestação jurisdicional.

Sendo o meio para se obter uma finalidade, o processo não pode ter gastos excessivos, deve-se buscar a efetividade com a maior economia possível. Como reflexo da economia processual, pode-se demonstrar o que dispõem os artigos 563 e 566, do Código de Processo Penal, sendo que o primeiro assim dispõe: “Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa” e o segundo diz que: “Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa”.

Para Cintra, Grinover e Dinamarco (2009, p. 79), o processo é “um instrumento, não pode exigir um dispêndio exagerado com relação aos bens que estão em disputa. E mesmo quando não se trata de bens materiais deve haver uma necessária proporção entre fins e meios, para equilíbrio do binômio custo-benefício”. Busca-se com esse princípio o máximo de resultados com o mínimo de atos processuais possíveis, ou seja, deve existir equilíbrio do custo-benefício, havendo proporção entre os fins e os meios, sendo que se o meio/instrumento não proporcionar um resultado satisfatório/útil, deve ser dispensado.

k) Princípio da duração razoável do processo penal: este princípio já estava previsto no artigo 8º, do Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, mesmo assim, foi inserido na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXXVIII, conforme descrito: “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

No entender de Távora e Alencar (2011, p. 69) a razoável duração do processo objetiva “evitar a procrastinação indeterminada de uma persecução estigmatizadora e cruel, que simboliza, no mais das vezes, verdadeira antecipação da pena”. O processo, nesse sentido, deve ter uma duração razoável, não pode ser feito às pressas, desrespeitando aos princípios e garantias do acusado, também não pode prolongar-se no tempo desmedidamente, pois a justiça deve ser prestada em um tempo razoável, caso contrário, não haverá a prestação jurisdicional adequada e merecida pela sociedade, se realizada tardiamente.

Tanto o Estado-acusação quanto o Estado-juiz tem o dever de observar o princípio da razoável duração do processo. Dessa forma, a morosidade processual não pode prejudicar o acusado, pois este é a parte mais fraca da relação processual penal e é quem sofre os dissabores

psicológicos e financeiros de responder a uma acusação criminal, e não pode sofrer as consequências maléficas oriundas do processo causadas pela falta de eficiência do Estado como um todo.

O artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, deve ser interpretado conjuntamente com o artigo 93, inciso II, alínea e), do referido diploma, que dispõe: “não será promovido o juiz que, injustificadamente, reter autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão”. O processo deve ser razoável e proporcional ao caso concreto sob judice, e não havendo a observância dos prazos legais, não estará sendo observada a razoável duração do processo, e assim obstada a prestação jurisdicional, deve o magistrado ser punido, com a vedação à promoção. O processo deve ser razoável e proporcional ao caso concreto sob judice (RANGEL, 2014, p. 44).

Deve o legislador, observar o princípio da razoável duração do processo no momento de exercer seu dever legiferante, para que, evite a criação de normas processuais de cunho meramente protelatórios, sem descuidar das garantias fundamentais do processo democrático.

Em enunciado a respeito do princípio em tela Rosito (2008, p. 36 *apud* TÁVORA; ALENCAR, 2011, p. 71) expõe:

[...] o processo deve demorar exatamente o tempo necessário para atender a sua finalidade de resolver o conflito com justiça, resolvendo o direito material a quem efetivamente o tem, sem deixar de respeitar o contraditório, a ampla defesa, a igualdade entre as partes e o dever de adequada fundamentação, sob pena de violarmos garantias transcendentais do nosso sistema.

O processo dever durar o tempo necessário para a satisfatória prestação jurisdicional, obedecer a correta dinâmica dialética processual e os princípios a ele inerentes, de forma a promover o convencimento do magistrado. Quando um processo ultrapassa esse período, se prolongando no tempo sem necessidade, acaba por desviar de sua finalidade, uma vez que o próprio processo penal quando demasiadamente longo, é uma punição ao acusado, e, assim, ofende os direitos fundamentais e os princípios processuais. Como exemplo, existem processos de lesão corporal leve que perduram por anos, em que o acusado é réu primário e de bom convívio social, nesse caso, injustificável a demora na prestação da tutela judicial.

1) Princípio da proporcionalidade: este princípio tem como principal campo de atuação a proteção aos direitos fundamentais do indivíduo, contra os excessos do poder estatal, há de haver proporcionalidade nos atos processuais penais para a busca da punição do réu.

O princípio da proporcionalidade tem importante aplicação no Direito Processual Penal, pois ele representa uma maneira de interpretação da norma jurídica de modo a efetivar um direito fundamental que está em confronto com o poder punitivo estatal em um caso concreto. Deve

restringir a atuação estatal quando houver motivos que justifique, como a atuação abusiva sob o pretexto de combate ao crime (TÁVORA; ALENCAR, 2011, p. 72).

Estando em jogo os direitos contrapostos do acusado e da pretensão punitiva estatal, deve-se utilizar o princípio da proporcionalidade ao caso concreto, visando a solução do litígio, tendo sempre mais peso o lado dos direitos fundamentais do réu, haja vista que a sistemática constitucional prevê ampla proteção aos direitos individuais.

m) Princípio da persuasão racional: o magistrado forma seu convencimento de modo livre, devendo fundamentar sua decisão no processo. Decorre da conjunção do artigo 93, inciso IX, da Constituição, que dispõe que as decisões devem ser públicas e fundamentadas, com os artigos 155, caput, e 381 inciso III, do Código de Processo Penal, os quais dispõem respectivamente que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova e que a sentença conterá a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão (NUCCI, 2015, p. 61).

O juiz decide conforme os elementos existentes no processo, mas os avalia levando em consideração o seu livre convencimento racional, com base em sua experiência e maneira de interpretação das normas, no entanto, sua decisão deve estar sempre fundamentada observando às exigências da legislação.

n) Princípio da identidade física do juiz: previsto no artigo 399, § 2º, do Código de Processo Penal, dispõe que: “O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença”, segundo Capez (2012, p. 81) indica que: “Consiste na vinculação do juiz aos processos cuja instrução acompanhou”.

Com esse princípio, privilegia-se, para proferir a decisão, o magistrado que entrou em contato com as provas carreadas aos autos. Está em consonância com o princípio da oralidade e proporciona, em tese, um julgamento mais justo, uma vez que o próprio juiz que acompanhou a produção das provas irá decidir a questão, presumindo-se que este tenha um melhor conhecimento do caso em concreto.

2.4 SÍNTESE

O Estado, para exercer seu direito punitivo, deve se utilizar da ação penal, que é o direito de pedir ao Estado-juiz a aplicação da jurisdição ao caso concreto. Entretanto, para que a ação penal tenha validade é necessário preencher certos requisitos conhecidos como condições da ação.

Caso uma ação penal seja proposta sem estar presente alguma das condições da ação, esta deve ser rejeitada, pois não terá condições mínimas para existir. Estando presentes todas as condições da ação o processo deve ter início. No entanto, caso no decorrer do andamento

processual uma dessas condições venha a desaparecer da relação processual, não poderá o processo ter continuidade, tendo em vista que as condições da ação condicionam sua existência.

Desse modo, se no curso processual desaparecer o interesse de agir, tendo em vista a extinção da punibilidade do réu, deverá também ter fim o processo, pois não haverá motivos para sua existência, uma vez que não poderá mais alcançar o objetivo pretendido pelo autor.

O processo penal em um Estado Democrático de Direito, antes de ser o meio, é o instrumento para a realização do direito penal objetivo, é um complexo de garantias ao acusado, e visa a preservação dos direitos fundamentais do ser humano frente ao poder punitivo estatal.

O processo disciplina a atuação das partes durante a demanda, de maneira a impor previamente as regras a serem obedecidas, proporcionando assim segurança jurídica. O que deve ficar claro é que essas regras previstas no Código de Processo Penal devem estar em consonância com os princípios e normas da Constituição Federal, de maneira a dar fundamental relevância e proteção aos direitos e garantias fundamentais.

Nesse sentido, o processo tem como principal função a proteção dos direitos individuais do acusado, de maneira a preservar sua liberdade, pois só haverá a cessação desta, em casos de última necessidade, desde que sejam observados todos os princípios processuais constitucionais que disciplinam e orientam a aplicação da legislação processual penal.

Com isso, o direito de punir do Estado sofre uma limitação a partir de uma interpretação das normas processuais penais conforme a Constituição Federal, pois esta é o pilar central do ordenamento jurídico e dá proteção especial à dignidade humana, e, consequentemente, as demais normas devem respeitar esses ditames constitucionais.

3 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA EM PERSPECTIVA

Conforme já estudado no primeiro capítulo dessa pesquisa, a prescrição da pretensão punitiva em perspectiva consiste no reconhecimento antecipado da prescrição retroativa, cumprindo reforçar seu conceito para uma melhor compreensão e discussão do tema.

Baltazar (2003, p. 107) define a prescrição da pretensão punitiva em perspectiva como “o reconhecimento da prescrição retroativa, antes da sentença, com base na pena a que o réu seria condenado, evitando assim, o desperdício de tempo na apuração de coisa nenhuma, pois já se sabe, antecipadamente, que o resultado será a extinção da punibilidade”.

Nesse sentido, Travessa (2008, p. 79) ensina que a prescrição em perspectiva:

[...] consubstancia-se, em resumo, na incidência antecipada do instituto material da prescrição penal retroativa, em qualquer das fases da persecução criminal, no sentido de evitar uma sanção penal inútil, desde quando o julgador possa avaliar que todas as circunstâncias judiciais e legais são favoráveis ao acusado ou indiciado.

Observa-se que a prescrição em perspectiva é a possibilidade de se antever a ocorrência da prescrição retroativa, que somente será possível se as circunstâncias judiciais e legais forem favoráveis ao acusado, de maneira que sua provável pena proporcione um período prescricional inferior ao obtido pela prescrição em abstrato.

Sendo assim, a ocorrência da prescrição em perspectiva só será possível caso a provável pena em concreto fique próxima ou inferior à pena mínima abstrata prevista para o crime, de maneira que quando aplicada a tabela expressa no artigo 109, do Código Penal, verifique-se um prazo prescricional menor que o previsto para o crime na prescrição pela pena máxima em abstrato. E, evidentemente, que esse prazo prescricional menor já tenha transcorrido ou haja certeza de que irá transcorrer durante a marcha processual até a prolação de eventual sentença condenatória.

Ressalte-se que com a vigência da Lei nº. 12.234/2010, a prescrição retroativa não poderá mais ter como data inicial período anterior à denúncia ou à queixa, influenciando também diretamente no âmbito de abrangência da prescrição em perspectiva.

No entanto, a possibilidade da aplicação da prescrição da pretensão punitiva em perspectiva no Direito Penal brasileiro é matéria controvertida, ocasionando divergências tanto na doutrina quanto na jurisprudência, pois muitos acreditam que a prescrição da pretensão punitiva em perspectiva está em perfeita consonância com o ordenamento jurídico, enquanto outros afirmam que ela não é aceita por este.

Dentre os argumentos daqueles que são contrários à aplicação deste instituto destacam-se as alegações de violação aos princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa,

do contraditório, da obrigatoriedade da ação penal pública e da presunção de inocência (TRAVERSA, 2008, p. 81).

Os adeptos da validade da aplicação da prescrição em perspectiva no ordenamento jurídico defendem que ela pode ser utilizada levando-se em consideração, dentre outros, os argumentos baseados nos princípios da economia e celeridade processual, da instrumentalidade do processo, do favor rei e, principalmente, ante a carência de ação consubstanciada na falta de interesse de agir no que se refere à utilidade do processo (JAWSNICKER, 2008, p. 92).

Diante da grande controvérsia sobre o assunto, em 2010, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula não vinculante de número 438, que diz: “É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal”.

No entanto, a existência da referida súmula não dirimiu a controvérsia em torno do assunto, especialmente porque constituída quase que exclusivamente ao fundamento da ausência de disposição legal para o instituto em comento, mantendo-se incólume a divergência doutrinária e sequer expurgando entendimento jurisprudencial contrário, ou seja, que aceitam a aplicação da prescrição da pretensão punitiva em perspectiva.

Nos próximos tópicos serão analisados e debatidos os motivos favoráveis e contrários à aplicação da prescrição em perspectiva, serão apresentados julgados para uma melhor compreensão do tema, chegando, por meio da pesquisa científica realizada, à conclusão pela legalidade ou não de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

3.1 OS ARGUMENTOS FUNCIONALISTAS DA PRESCRIÇÃO PENAL EM PERSPECTIVA

A prescrição penal é uma forma de extinção da punibilidade prevista no Código Penal brasileiro, e consiste na perda do direito de punir concreto do Estado por não exercê-lo em um determinado período de tempo legalmente estabelecido.

Para que um instituto jurídico possa ter existência, ele deve ter um fundamento de ordem lógica e não apenas existir pela pura e simples vontade do legislador. Em sua lição Traversa (2008, p. 57) alega que:

Analizando as etapas históricas da prescrição penal, constata-se que, do seu surgimento até a presente data, sua positivação sempre gravitou ao sabor das condições sociopolíticas imperantes em cada sociedade. A sua permanência ao longo tempo indicou a diversidade de motivações para renunciar e deixar perecer o *jus puniendi*.

Não é apenas um argumento que fundamenta a prescrição, pelo contrário, são vários, e com as mudanças culturais e sociopolíticas que vão ocorrendo na sociedade, esses argumentos

sofrem modificações ou surgem novos argumentos para explicarem a razão de ser do instituto prescricional, que, conseqüentemente, adequa-se as alterações sócio-políticas.

Vários são os argumentos que politicamente fundamentam a prescrição em perspectiva, legitimando sua existência. Cumpre demonstrar dentre eles os de maior importância e que melhor buscam explicar o porquê da prescrição penal dentro do contexto de um Estado Democrático de Direito.

A prática delitiva certamente provoca um alarme social, porém, independentemente do crime, se não houver a punição ao criminoso em tempo hábil, a sociedade lentamente esquece o crime, ou seja, o decurso do tempo tem a força de apagar, da memória da sociedade, as conseqüências do ato delitivo, fazendo com que haja o retorno do bem estar social anterior à ocorrência da prática delitiva.

Trata-se do **argumento do esquecimento**, que nas palavras de Nucci (2012, p. 611) “baseia-se no fato de que, após o decurso de certo tempo, que varia conforme a gravidade do delito, a lembrança do crime apaga-se da mente da sociedade, não mais existindo o temor causado pela sua prática, deixando, pois, de haver motivo para a punição”.

O impacto causado com a prática do crime depende de seu grau de periculosidade social, um homicídio, por exemplo, causa um dano social muito maior que uma lesão corporal de natureza leve. Nesse sentido, cada delito tem um período prescricional que corresponde a sua gravidade.

Transcorrido esse período ou com a certeza de que o mesmo transcorrerá antes que seja possível a aplicação da pretensão punitiva ao acusado, não se mostra razoável o prosseguimento da persecução penal, que em nada irá contribuir para a pacificação social, justificando-se os institutos da prescrição abstrata e em perspectiva.

Em seus escritos Bitencourt (2010, p. 811) dispõe que:

Se o alarma social é que determina também a intervenção do Estado na repressão dos crimes, quando decorreu determinado período de tempo da prática do próprio crime sem que tenha sido reprimido, o alarma social desaparece pouco a pouco e acaba apagando-se, de tal modo que provoca a ausência do interesse que fez valer a pretensão punitiva.

Com isso, o tempo além de diminuir a necessidade de pena em seu aspecto de prevenção geral - vez que o alarma social já quase não existe mais, desvirtuando a ação punitiva estatal-, também atenuará a obrigação da pena em seu aspecto de prevenção especial, pois, se após um tempo razoável o agente não cometeu novo delito, presume-se que esteja reinserido na sociedade não precisando ser punido, já que não oferece riscos ao meio social.

Assim, o transcorrer do tempo, além de apagar os efeitos do delito na sociedade propicia a **emenda do delinquente**, argumento que para Bitencourt (2010, p. 811) ocorre quando “[...] o

longo lapso de tempo decorrido, sem que o réu haja praticado outro delito, está a indicar que, por si mesmo, ele foi capaz de alcançar o fim que a pena tem em vista, que é o de sua readaptação ou reajustamento social”.

Se a pena busca a reinserção do delinquente na sociedade, e se devido à inércia do poder punitivo estatal ficar demonstrado que o delinquente por um razoável período de tempo teve um comportamento social normal, sem mais delinquir, presume-se que o fim da pena já foi satisfeito, justificando, novamente, o reconhecimento da prescrição em perspectiva.

Cumprir destacar ainda a situação carcerária brasileira que muitas vezes não dispõe de boas condições de higiene e acompanhamento psicológico, e que acaba por piorar a situação do criminoso.

Sobre o tema Travessa (2008, p. 61) faz a seguinte observação:

Tal idéia chama atenção para as condições desumanas em que os apenados cumprem as suas penitências. [...] com a mistura desordenada de presos reincidentes e primários em um ambiente insalubre e com pouca orientação emocional e espiritual, leva-os a se transformarem em criaturas nocivas ao meio social.

Nesse diapasão, caso o Estado não tenha cumprido seu dever de punir o criminoso por um período de tempo aceitável e caso este não tenha mais delinquido, aparentando bom comportamento social, o objetivo da prevenção especial da pena estará satisfeito, não sendo aceitável, após todo esse prazo, a inserção dessa pessoa em um sistema prisional defasado onde provavelmente irá sofrer danos psicológicos.

Com efeito, o transcorrer do tempo ocasiona diversas consequências, pois após o cometimento do delito há, em geral, a expectativa por parte do agente, de que poderá ser punido a qualquer momento durante todo o prazo prescricional, nesse sentido, o criminoso sofre uma grande aflição durante razoável período de tempo, advindo, então, a desnecessidade da aplicação da pena (NUCCI, 2012, p. 611).

Trata-se do **argumento da expiação do criminoso**, que na lição de Travessa (2008, p. 59) “justifica-se pelo sofrimento moral que o criminoso sofreu durante o período em que aguardou o andamento do processo”. Desse modo, o longo período em que o acusado está sob a acusação causa-lhe um grande sofrimento, principalmente psicológico, sendo assim uma retribuição ao mal porventura causado.

O período de expiação não deve, necessariamente, corresponder ao período indicado pelo legislador, considerando-se apenas a pena máxima em abstrato, como no caso da prescrição em abstrato, uma vez que as circunstâncias do delito e características dos agentes envolvidos podem, seguramente, indicar que um período de expiação menor seja suficiente à penalização do acusado, a exemplo do que ocorre no reconhecimento da prescrição retroativa.

Dessa forma, antevendo-se que a pena deverá ser fixada em patamares mínimos ou bastante inferiores à pena máxima indicada pela legislação impende-se reconhecer que o período de expiação deva ser correspondente àquele da pena antevista, ensejando a aplicação da prescrição em perspectiva.

3.2 OS ARGUMENTOS LÓGICOS DA PRESCRIÇÃO PENAL EM PERSPECTIVA

A aplicação do instituto da prescrição da pretensão punitiva em perspectiva também se arrima em argumentos que estão em perfeita sintonia com o raciocínio lógico proporcionado pela razão do pensamento humano.

É incontestado que o transcorrer do tempo propicia a **dispersão das provas** a serem produzidas durante a persecução processual penal, esse fundamento apoia-se na dúvida/imprecisão da prova do fato, causando insegurança na responsabilização criminal devido a um conjunto probatório enfraquecido pelo decorrer do tempo (TRAVERSA, 2008, p. 60).

Sobre o tema Jawsnicker (2008, p. 40) assim afiança: “com o passar do tempo, ocorre a perda de substância da prova. Sendo incerta a apuração dos fatos, torna-se precária a defesa do acusado e desaparece a possibilidade de uma sentença justa”.

Esse argumento de ordem processual consiste no fato de que com o transcorrer do tempo torna-se mais difícil a atividade probatória. Neste sentido, um fato delitivo que é investigado muito tempo após seu cometimento tem a probabilidade de dificultar a defesa do acusado e principalmente de ter um julgamento precário, devido às incertezas na apuração do fato.

Como exemplo, uma perícia realizada em momento oportuno tem grande eficácia para a instrução processual, o que provavelmente não ocorrerá caso seja feita tardiamente, fato que certamente enfraquecerá seu conteúdo probatório, não proporcionando fundamento seguro para uma condenação. Assim, é evidente que a obtenção de provas tardias em um processo penal pode acarretar uma decisão insegura.

O Estado tem a seu favor, profissionais qualificados e recursos materiais específicos para que possa exercer sua função prevista na legislação, desta maneira, para que possa realizar o seu dever de perseguir o crime, ele dispõe de uma polícia investigativa, de promotores de justiça associados a um aparato administrativo que permite a sua atuação imediata.

Nessa senda Bitencourt (2010, p. 811) ensina que “é inaceitável a situação de alguém que, tendo cometido um delito, fique sujeito, *ad infinitum*, ao império da vontade estatal punitiva. Se existem prazos processuais a serem cumpridos, a sua não observância é um ônus que não deve pesar somente contra o réu”.

Dai decorre o argumento de que o **Estado deve arcar com sua inércia**, se os prazos não

são cumpridos e o processo não tem uma solução em um tempo considerado adequado, se prolongando demasiadamente no tempo, não deve o réu ficar a mercê do direito punitivo estatal indefinidamente, havendo a necessidade, nesses casos, de impor a extinção do poder de punir para evitar uma persecução penal que perdure no tempo de maneira desproporcional.

O Poder Público orienta-se ainda por **princípios de política criminal**, que também orientam a execução da legislação penal e processual, donde Travessa (2008, p. 63) assinala que “[...] o fundamento da prescrição penal, além de outras razões (esquecimento e dispersão das provas), está na política criminal de extinção de ação e execução criminal após decorridos muitos anos”.

Todos os argumentos em conjunto tem a capacidade de embasar a existência do instituto da prescrição em perspectiva, que acaba por ser um meio benéfico frente à inércia do Estado em cumprir seu poder/dever de investigar o crime e buscar a punição do delinquente (NUCCI, 2012, p. 611).

Há também um aspecto lógico que milita pela possibilidade da utilização da prescrição da pretensão punitiva em perspectiva, ele é de fácil compreensão e demonstra a grande utilidade do instituto em questão.

Demonstrando tal pensamento Souza (1992, p. 436) discorre acerca da prescrição retroativa:

Com isto, aquele réu, reconhecido como culpado, não cumprirá a pena imposta, e tudo se passará como se ele jamais tivesse sido condenado, já que os efeitos principais e acessórios da ação e da condenação se apagam. [...] para um administrador público, um engenheiro, um comerciante, ou mesmo para um dona de casa, acostumados a aplicar esforços e recursos numa perspectiva finalista, esta construção jurídica seria vista como um **non-sense**.

Ora, após tanto esforços, como a realização de depoimentos, defesa, que muitas vezes se concretiza por meio de defensores públicos, enfim, depois de haver empregado tempo, recursos humanos e financeiros, se chegará a uma sentença que não gerará nenhum efeito, uma sentença inútil. E muitas vezes todo esse trabalho é realizado sabendo-se que o resultado não terá proveito nenhum.

Toda essa situação não demonstra nenhuma lógica sendo que o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva em perspectiva viria a corrigir esse contrassenso, ao evitar toda uma gama de atos em vão, contribuindo para uma prestação jurisdicional mais eficiente e condizente com o momento político e econômico contemporâneo, e consequentemente com o prestígio da justiça.

Nessa esteira, o período de tempo considerado longo em que o acusado sofre as angústias de responder a um processo criminal e o fato de não mais ter cometido crime por esse período e

possuir bom comportamento social, presumindo-se sua reinserção à sociedade, faz com que desapareça ou diminua o alarme social, restabelecendo a normalidade na sociedade, bem como a inércia do Estado em exercer seu direito de punir conjugado às dificuldades em estabelecer um conjunto probatório confiável devido ao transcorrer do tempo, faz com que desapareçam as necessidades de prevenção geral e especial da pena, fundamentando base sólida para a inserção de uma política criminal de extinção antecipada da punibilidade, que é o instituto da prescrição em perspectiva.

Consoante Travessa (2008, p. 63):

Equivoca-se quem sustenta que a prescrição penal é um instrumento de impunidade. Quando o magistrado decreta extinta a punibilidade, ele está na verdade extinguindo uma relação jurídica fadada à inutilidade, uma vez que a sanção penal não irá atingir a sua finalidade teleológica.

Olhando de uma maneira desatenta pode-se pensar que a prescrição penal se trata de um instituto que homenageia a impunidade, pois o possível criminoso ficará impune. Entretanto, conforme foi supra demonstrado, há fundamentos que justificam sua aplicação, de maneira que ela passa a ser na realidade um instrumento de justiça, sendo descabido e injusto a submissão de uma pessoa ao direito de punir do Estado *ad infinitum*, além de totalmente contrário aos ditames de um governo democrático.

3.3 O CONSTRANGIMENTO ILEGAL DO ACUSADO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade humana constitui primeiramente em um valor ligado a ideia de justo se tornando a fundamentação moral dos direitos humanos e fundamentais, mais adiante ela passa a integrar as constituições, vindo a tornar-se fundamento dos Estados Democráticos e somente no final do século XX vem transformar em princípio jurídico (BARROSO 2010).

Dessa forma, a dignidade humana é um valor que com o transcorrer do tempo e da evolução da sociedade passou a categoria de princípio e em particular na Constituição brasileira aparece como fundamento da República.

Em definição Silva (2005, p. 105) dispõe que a dignidade da pessoa humana “é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem desde o direito à vida”. Indica o autor que a dignidade humana tem o condão de atrair os direitos fundamentais do homem assim como os direitos humanos, pois estes existem e são fundamentados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que é um valor ínsito à essência humana.

Na mesma esteira Oliveira (2000, p. 11) assevera que:

A dignidade da pessoa humana é um dado transcendente e suporte indispensável de qualquer organização social que afirme a existência de Direitos Humanos fundamentais e se disponha a torná-los efetivos e assegurados pela sociedade e pelo Estado, como um bem impostergável.

Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana quanto valor supremo é essencial para a existência dos Direitos Humanos, é de primordial importância para a sua efetivação, quando analisada como princípio normativo constitucional.

Para Serra (*apud* OLIVEIRA, 2000, p. 57) Direitos Humanos são “direitos que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza e dignidade; direitos que lhe são inerentes e que, longe de nascerem de uma concessão da sociedade política, têm que ser por esta consagrados e garantidos”. Assim, o valor dignidade da pessoa humana é externado nos direitos humanos fundamentais, direitos estes inerentes ao ser humano para que possa ter uma vida digna.

Em seu ensinamento Barroso (2010) expõe que:

Para fins didáticos, é possível sistematizar as modalidades de eficácia dos princípios em geral, e da dignidade da pessoa humana em particular, em três grandes categorias: direta, interpretativa e negativa.

Pela eficácia **direta**, um princípio incide sobre a realidade à semelhança de uma regra. Embora tenha por traço característico a vagueza, todo princípio terá um núcleo, do qual se poderá extrair um comando concreto. [...] A eficácia **interpretativa** dos princípios constitucionais significa que os valores e fins neles abrigados condicionam o sentido e o alcance das normas jurídicas em geral. [...] A eficácia **negativa**, por fim, implica na paralisação da aplicação de qualquer norma ou ato jurídico que seja incompatível com o princípio constitucional em questão. [grifo nosso].

Nessa esteira, a aplicação da dignidade da pessoa humana, como princípio contido na norma constitucional, tem a capacidade de informar o sentido interpretativo de todo o ordenamento jurídico, pode-se dele ser extraído regras diretas aplicáveis ao caso concreto, e, por fim, tem a capacidade de impedir a aplicação de uma regra que esteja em desacordo com seu conteúdo.

O princípio da dignidade da pessoa humana desempenha importante função quanto à interpretação das leis, como Ensina Martins (2012, p. 124 - 125) aduzindo:

Enquanto valor inserto em princípio fundamental a dignidade da pessoa humana serve de parâmetro para a aplicação, interpretação e integração de todo o ordenamento jurídico, o que ressalta o seu caráter instrumental. [...] E na verdade, reconhecer que a dignidade da pessoa humana constitui critério ou parâmetro interpretativo aplicável a todo o sistema jurídico, implica vincular o intérprete, sob pena de flagrante inconstitucionalidade, a seu conteúdo valorativo.

Decorre dessa forma que a dignidade da pessoa humana é princípio fundamental no ordenamento jurídico brasileiro e deve ser observado pelo magistrado quando da aplicação do

direito ao caso concreto, de forma a conduzir a interpretação sempre conforme o valor prestigiando os direitos fundamentais.

Corroborando com o que foi dito Neto (2002, p. 198) revela que “O suprimento de lacunas legislativas ante direitos e garantias fundamentais pode ser operado pelo Juiz[...]”. O juiz deve suprir as lacunas legislativas de forma a prestigiar os direitos e garantias fundamentais. Em uma aplicação ao Direito Penal, ainda com amparo no princípio do *favor rei*, deverá o magistrado em caso de dúvida quanto à interpretação da norma sempre pender pelo direito fundamental à liberdade do acusado.

A dignidade da pessoa humana é princípio basilar para todos os direitos e garantias fundamentais. Elencado no artigo 1º, da Constituição Federal, como fundamento da República Federativa do Brasil, sua validade está intimamente ligada à noção de um Estado Democrático de Direito em que o ser humano tem importância única, deve ser respeitado em todas as suas características, principalmente em seu aspecto subjetivo.

Dessa maneira Travessa (2008, p. 166) dispõe que:

[...] manter o homem em condições condignas é de fundamental importância para a manutenção do Estado Democrático de Direito, o que significa dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana é o valor fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, e que, por isso, deve ser inserido, como ponto de partida, em qualquer interpretação do Direito ao caso concreto.

A superação da hermenêutica positivista, com enfoque no exame lógico-formal, pressupõe um modelo em que a atividade compreensiva esteja ínsita aos enunciados normativos da Constituição Federal, que deixou de ter apenas valor político.

Destarte, na seara Penal, a atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana deve ser ainda maior, devido ao grau de lesividade que esse ramo do direito pode causar aos direitos fundamentais do cidadão. Deve-se sempre levar em consideração, ao realizar a aplicação do Direito Penal e Processual Penal, a dignidade humana e os ditames do Estado Democrático de Direito, pois o ordenamento jurídico deve adequar-se a esses postulados que regem o ideal de justiça perquirido pela República Federativa do Brasil.

Nessa seara, recorrendo acerca da dignidade humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal Barroso (2010) assevera que:

Em diversos julgados está expressa ou implícita a não aceitação da instrumentalização do acusado ou do preso aos interesses do Estado na persecução penal. O indivíduo não pode ser uma engrenagem do processo penal, decorrendo, de sua dignidade, uma série de direitos e garantias.

O processo não pode se desvirtuar de sua função e deixar o acusado virar instrumento

processual, pois ele é pessoa humana e detentora de direitos e garantias fundamentais, que são irrenunciáveis, e, se não for assim, estará configurada a ofensa a dignidade humana.

No que pertine a ponderação destes valores, o Supremo Tribunal Federal em julgamento do HC 79.512, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, já consignou que o princípio da dignidade da pessoa humana sobrepõe-se a eficácia da persecução criminal. Confira-se:

Objecção de princípio - em relação à qual houve reserva de Ministros do Tribunal - à tese aventada de que à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita se possa opor, com o fim de dar-lhe prevalência em nome do princípio da proporcionalidade, o interesse público na eficácia da repressão penal em geral ou, em particular, na de determinados crimes: é que, aí, foi **a Constituição mesma que ponderou os valores contrapostos e optou - em prejuízo, se necessário da eficácia da persecução criminal - pelos valores fundamentais, da dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda a proscrição da prova ilícita**: de qualquer sorte - salvo em casos extremos de necessidade inadiável e incontornável - a ponderação de quaisquer interesses constitucionais oponíveis à inviolabilidade do domicílio não compete a posteriori ao juiz do processo em que se pretenda introduzir ou valorizar a prova obtida na invasão ilícita, mas sim àquele a quem incumbe autorizar previamente a diligência”. (BRASIL, 1999). [grifo nosso].

Portanto, sabendo-se que o centro do ordenamento jurídico brasileiro é a Constituição Federal e que toda norma infraconstitucional deve adequar-se ao que disciplina a norma constitucional, especialmente aos seus fundamentos e garantias, vislumbra-se que estabelecer e continuar uma persecução criminal cujo resultado final sabe-se ser inútil, pois alcançado pela prescrição, equivale a perseguir injustamente o acusado e, conseqüentemente, ofender sua dignidade.

Ora, se é possível antever que a pretensão condenatória será fulminada pelo instituto da prescrição, logicamente, estar-se-ia admitindo que a instituição de uma pena para o agente do delito já não é mais necessária, porquanto, a penalização/ressocialização já fora perfectibilizada, conforme se infere dos argumentos funcionalistas e lógicos da prescrição anteriormente expostos.

Por conseguinte, a prescrição em perspectiva possui guarida nos princípios estabelecidos na Constituição Federal, especialmente o da dignidade da pessoa humana, possibilitando a garantia dos direitos do cidadão e a desnecessária instauração da persecução criminal.

A inexistência da prescrição da pretensão punitiva em perspectiva segundo Travessa (2008, p. 167) acaba por:

[...] desrespeitar a instrumentalidade do processo penal, que tem como meta tornar efetivo o provimento jurisdicional, coisifica o ser humano que está sendo acusado pela violação de uma norma penal incriminadora, uma vez que a ação penal é mantida apenas para cumprir uma formalidade legal, sem se preocupar que este apego formal, inadequado e inútil, seja um instrumento de humilhação e discriminação social.

Assim, o não acolhimento da prescrição em perspectiva provoca uma inversão de valores

em que a dignidade do ser humano é colocada em segundo plano, pois, ao manter um processo que se sabe não ter mais utilidade, somente proporcionará injusto sofrimento e humilhação ao acusado. Nesse sentido, o processo não é mais o meio para a punibilidade, mas sim assume essa posição, punindo o acusado, impondo-lhe um sofrimento desnecessário e ofende claramente o princípio da dignidade humana.

Tal entendimento não se coaduna com a interpretação sistemática do ordenamento jurídico, pois relega ao segundo plano, princípio constitucional de maior relevância, conforme entendimento sufragado pelo Pretório Excelso no julgamento do HC 85.237, de relatoria do Ministro Celso de Mello. Confira-se:

[...] A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) – significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo." (BRASIL, 2005).

O entendimento inverso, ou seja, pela possibilidade da prescrição penal em perspectiva corrobora a concretização dos direitos e garantias fundamentais, preservando o princípio da dignidade humana e conformando a interpretação da norma penal e processual penal ao ordenamento constitucional.

3.4 A PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA COMO COROLÁRIO DOS PRINCÍPIOS DA ECONOMIA PROCESSUAL E INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

A prescrição da pretensão punitiva em perspectiva vem reforçar o princípio da economia processual, pois evita o dispêndio de tempo, trabalho e recursos econômicos que não levarão a nenhuma utilidade prática. Dessa forma, deve-se buscar a maior efetividade possível com o menor número de atos processuais.

Escrevendo sobre o referido princípio Nucci (2015, p. 48) assevera que “É incumbência do Estado procurar desenvolver todos os atos processuais no menor tempo possível, dando resposta imediata à ação criminosa e poupando tempo e recursos das partes”. O Estado deve agir com rapidez sempre buscando economia ao desempenhar sua função de modo a proporcionar uma resposta rápida e que não seja excessivamente onerosa.

Ao aplicar a prescrição penal em perspectiva, o magistrado evitará a movimentação desnecessária de todo o aparato judiciário e otimizará os serviços judiciários, e, dessa forma, possibilitará maior economia processual e, conseqüentemente, contribuirá para um maior alcance

da justiça, uma vez que o tempo, que seria empregado em um processo desprovido de utilidade, será aplicado em demandas que proporcionarão resultados úteis para a sociedade.

Além de corroborar com o princípio da economia processual, a prescrição penal em perspectiva está em plena consonância com a instrumentalidade do processo penal, pois, a partir do momento em que não há mais interesse de agir processual, e mesmo assim o processo continuar seus trâmites, ele deixará de meio/instrumento e passará a existir para si mesmo, sendo que a finalidade material não mais persistirá.

O processo, em um Estado Democrático de Direito, além de ser um mecanismo de proteção aos direitos fundamentais, é também o meio para que se possa aplicar o direito material de forma a proporcionar segurança jurídica. Sendo assim, o processo é instrumento, não pode ter um fim em si mesmo, ou seja, se com a instrução processual não for alcançado nenhum resultado útil, também não haverá motivos para a existência da relação processual.

Dessa forma se pronunciou a Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

HABEAS CORPUS. extinção da punibilidade. prescrição PELA PENA projetada OU EM PERSPECTIVA OU VIRTUAL. CONCESSÃO DA ORDEM.

Em que pese a edição da Súmula nº 438 do STJ, verificada a prescrição pela pena projetada, deve ser extinta a punibilidade do paciente, pois **o processo é o instrumento para a realização do direito material**, não tendo seu fim em si mesmo. Caso em que está fadado ao insucesso, pois indiscutível que será alcançado pela prescrição retroativa. **Não há interesse de agir, já que não trará um resultado útil à sociedade.** ORDEM CONCEDIDA. DECISÃO UNÂNIME. (RIO GRANDE DO SUL, 2011). [grifo nosso].

Observa-se que o referido julgado é posterior a súmula 438, do STJ, e que sua decisão se apoia na carência da ação por falta de interesse de agir, fato que, conjugado com o princípio da instrumentalidade do processo, leva à conclusão pela extinção da relação processual, pois, não havendo interesse útil, consequentemente, desaparecerá a necessidade do meio para alcançá-lo.

Para que ocorra o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva em perspectiva deve ocorrer, por parte do magistrado, uma projeção de uma provável pena próxima ao mínimo previsto no preceito secundário da norma penal. No entanto, essa pena projetada não é uma aventura sem uma base científica, vez que para que o magistrado chegue a um quantitativo hipotético de pena, ele irá observar a legislação penal.

Travessa (2008, p. 163) assim descreve:

Contudo, cabe ressaltar que a antevisão da pena no patamar mínimo só poderá ser realizada desde quando o julgador tenha nos autos elementos incontestes que o levem a concluir que todas as circunstâncias judiciais e legais são favoráveis ao indiciado ou acusado, como também não existem causas especiais de aumento de pena.

Com isso, para o magistrado prever a possível pena, deverá observar se os elementos contidos nos autos possam lhe assegurar que as circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, são favoráveis ao acusado, e que não estão presentes circunstâncias de aumento de pena, conforme previsto no artigo 68, do mesmo diploma. O que não pode acontecer é o juiz, sem nenhum critério legal, antever a pena e se pronunciar pela prescrição em perspectiva.

Contribuindo com a economia processual ao evitar desperdícios de tempo, recursos financeiros e humanos e consagrando o princípio da instrumentalidade processual ao reforçar sua função de meio para a obtenção da tutela jurisdicional, a prescrição da pretensão punitiva em perspectiva é de grande valia no ordenamento jurídico brasileiro.

3.5 PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA E O INTERESSE DE AGIR

A ação penal, para ser aceita e proporcionar a instrução processual, deve preencher alguns requisitos essenciais denominados de condições da ação, uma dessas condições da ação é o interesse de agir, sem ele, a ação penal não pode ser recebida e o processo não pode ter continuidade, pois não persistirá razão para sua existência.

Leciona Távora e Alencar (2010, p. 147) que o interesse de agir: “materializa-se no trinômio necessidade, adequação e utilidade. Deve haver necessidade para bater as portas do judiciário no intuito de solver a demanda, através do meio adequado, e este provimento deve ter o condão de trazer algo de relevo, útil ao autor”.

No que se refere ao aspecto utilidade do interesse de agir, significa que o processo deve ser capaz de realizar a pretensão punitiva estatal de forma a fazer valer seu direito de punir, caso não seja mais possível, em determinado momento processual a concretização do poder de punir do Estado, por ter desaparecido o seu interesse de agir, não estará mais presente uma condição de existência do processo e não terá mais sentido lógico e legal o prosseguimento no feito.

Macedo (2007, p. 85 *apud* TÁVORA; ALENCAR, 2011, p. 148) enuncia:

A prescrição em perspectiva é o reconhecimento da carência de ação (falta de interesse-utilidade), por conta da constatação de que eventual pena que venha a ser aplicada, numa condenação hipotética, inevitavelmente será abarcada pela prescrição retroativa, tornando inútil a instauração da ação penal, ou, se for o caso, a continuação da ação já iniciada.

Nesse diapasão, a prescrição em perspectiva daria causa à extinção do processo por falta de interesse de agir e por não existir mais utilidade na instrução processual, uma vez que, a pretensão punitiva estatal não poderá mais ser alcançada por falta de uma condição da ação, qual seja, o interesse de agir.

Também Cintra, Grinover e Dinamarco (2009, p. 277) discorrem acerca do interesse de agir:

Essa condição da ação assenta-se na premissa de que, tendo embora o Estado o interesse no exercício da jurisdição (função indispensável para manter a paz e a ordem na sociedade), não lhe convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil.

Não tem sentido permitir a persecução processual penal quando de início já é possível prever que se houver condenação, o poder de punir estará extinto, dessa forma, o correto é a extinção do processo com base na falta de justa causa, por inutilidade do provimento jurisdicional (DELMANTO *et al*, 2002, p. 218).

A prescrição da pretensão punitiva em perspectiva tem o condão de evidenciar a falta de utilidade do processo, demonstra que não é mais possível um resultado útil no processo, sendo causa do arquivamento por falta de interesse de agir. Nesse sentido, confira julgado da 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal:

JECCDF-0027800) DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL. CRIME DE LESÃO CORPORAL. ART. 129, DO CÓDIGO PENAL. PEDIDO DE ARQUIVAMENTO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. RECURSO IMPROVIDO. Trata-se de recurso interposto contra a r. sentença que determinou o arquivamento dos autos, por entender não estar presente uma das condições da ação, o interesse de agir, tendo em vista que ao final do processo, em caso de condenação, seria reconhecida a prescrição da pretensão punitiva. O recorrente, em síntese, pretende a nulidade da r. sentença, sustentando a inaplicabilidade da prescrição em perspectiva, em razão da Súmula 438 do STJ. O caso em apreço versa sobre crime de lesão corporal praticado em agosto de 2010, cuja pena máxima a ser aplicada é de 3 (três) meses a 1 (um) ano de detenção, tendo em vista que não existe nenhuma circunstância de aumento de pena. Entre a data do fato e a presente data, já transcorreram quase 3 (três) anos e não houve nenhuma causa interruptiva da prescrição. Nos termos do art. 109 do Código Penal, a prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, regula-se pelo máximo da pena cominada ao crime. Assim, na hipótese vertente, a prescrição ocorreria em 4 (quatro) anos. Dessa forma, escoreita a r. sentença do Juízo de Primeiro Grau que determinou o arquivamento dos autos, tendo em vista que não há sentido em movimentar-se a máquina estatal se, pelas especificidades do caso, a pena máxima aplicada seria inferior a 1 (um) ano e a prescrição ocorreria em 3 (três) anos. **A condenação não teria uma utilidade prática, pois eventual provimento condenatório não poderia ser aplicado, em razão da ocorrência da prescrição, inviabilizando, assim, a efetividade do processo.** Adoto como razão de decidir os fundamentos expostos na r. sentença: "Do exposto, muito embora se saiba não haver previsão legal da prescrição antecipada, diante do raciocínio da aplicação da pena já é possível se avaliar como **ausente o interesse de agir**, pois, ao final do processo, em caso de condenação da autora, seria imperioso reconhecer a prescrição da pretensão punitiva". Ante o exposto, NEGOU PROVIMENTO ao recurso e mantenho a r. sentença recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos. Acórdão lavrado conforme o art. 82, § 5º, da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. (DISTRITO FEDERAL, 2013). [grifo nosso].

Nesse caso ocorreu o entendimento de que não haveria interesse de agir para que fosse possível a manutenção da instrução processual, uma vez que, de antemão, já era certo que devido as circunstâncias judiciais serem favoráveis ao acusado, no futuro processual, caso fosse prolatada

sentença condenatória, o processo seria atingido pela extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva retroativa, de modo que era flagrante a carência de ação.

Ainda sobre o tema Greco (2011, p. 241) assevera:

Por que levar adiante a instrução do processo se, ao final, pelo que tudo indica, será declarada a extinção da punibilidade, em virtude do reconhecimento da prescrição? Aqui, segundo nosso raciocínio, o julgador deverá extinguir o processo [...] uma vez que, naquele exato instante, pode constatar a ausência de uma das condições necessárias ao regular exercício do direito de ação, vale dizer, o chamado interesse-utilidade da medida. Portanto, mesmo que, agora, tenha uma aplicação mais limitada, uma vez que foi extinta, pela lei 12.234, de 5 de maio de 2010, a possibilidade de ser reconhecida a prescrição retroativa, contada a partir da data do fato até o recebimento da denúncia, a possibilidade de se raciocinar com a chamada prescrição pela pena em perspectiva, ideal, hipotética ou virtual ainda se mantém.

Mesmo após a edição da Lei 12.234/2010, que limitou a aplicação do instituto da prescrição retroativa, continua sendo plenamente possível a utilização da prescrição penal em perspectiva como argumento para a extinção do processo pela falta de interesse de agir.

Diante da constatação de impossibilidade fática de imposição da sanção em grau superior ao mínimo estabelecido, e que devido a essa pena será incontestável a probabilidade de aplicação futura da prescrição retroativa é possível antes da condenação concluir pela inviabilidade da ação penal, porque demonstrado estará a inutilidade da atividade processual a ser desempenhada (OLIVEIRA, 2003, p. 68).

Compete demonstrar o que relata Jawsnicker (2008, p. 138) acerca do interesse de agir “A falta de interesse de agir, com base na previsão da ocorrência da prescrição retroativa, pode ser conhecida a qualquer tempo, antes ou durante o processo penal, a pedido do Ministério Público ou da defesa, ou mesmo de ofício”. O próprio Ministério Público pode alegar a falta de interesse de agir no decorrer do processo penal e o juiz também poderá de ofício reconhecer a falta de interesse de agir com base na prescrição penal em perspectiva por se tratar de matéria de ordem pública.

Importante salientar que o Ministério Público, quando age como acusação em uma demanda processual, não está unicamente em busca da condenação do acusado, sua missão é muito mais nobre, deverá buscar a aplicação do direito ao caso concreto apoiar-se no princípio da verdade real. Dito isto, se no transcorrer do processo o órgão ministerial se convencer de que o réu não deve ser condenado deverá peticionar alegando tal entendimento.

Neste sentido julgado da 1ª Vara da Auditoria Militar processo n. 0008305-19.2012.8.22.0501(Porto Velho-RO):

A apreciação da existência ou não da prescrição é matéria de ordem pública e, a teor do que dispõe o art. 133 do Código Penal Militar, deve ser declarada de ofício, ainda que não alegada (art. 61, CPP). Entretanto, no caso concreto o autor da ação penal foi quem

levantou essa questão. Em alegações finais o **Ministério Público suscitou preliminar de extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição pela pena in abstrato, reconhecendo que os fatos pelos quais o acusado está sendo processado encontram-se prescritos.** [...]. A pena mínima cominada in abstrato para o crime de lesão corporal (art. 209, CPM), como é o caso dos presentes autos, é de três (03) meses de detenção e, em caso de eventual sentença condenatória, a reprimenda definitivamente imposta aos acusados dificilmente se distanciaria do seu mínimo legal, sendo certo que não seria igual ou superior a um (01) ano, haja vista que, à época, não ostentava antecedentes criminais (fls. 112/114), e as demais circunstâncias judiciais lhe são favoráveis (art. 69, CPM). Considerando tal hipótese, a prescrição passaria a ocorrer no prazo de dois (02) anos, conforme art. 125, inciso VII, podendo ser reconhecida retroativamente à última causa de interrupção da prescrição, no caso, o recebimento da denúncia (art. 125, §2º, do CPM). Conforme se depreende dos autos de ação penal, o fato ocorreu em 21/02/2012, quando consumou-se, sendo a denúncia recebida em 18/07/2012, causa interruptiva da prescrição, e até 18/07/2014, atingiu lapso de dois (02) anos, e o feito até o presente momento ainda está em trâmite. Assim, há de se concluir que a pretensão punitiva prescreveu em 18/07/2014, motivo pela qual reconheço-a. **Prosseguir com o processo, o resultado seria zero, inexistindo, pois, justa causa para o prosseguimento desta ação penal,** tornando-se um enorme desperdício de tempo e energia dos responsáveis pela persecutio criminis se o presente processo tiver seguimento para, numa eventual condenação, ser decretada a prescrição. A alegada falta de previsão legal, contudo, não se presta a vedar a aplicação do instituto. Vários são os fundamentos que validam o instituto: interesse de agir; instrumentalidade do processo; economia material; preservação do prestígio da Justiça; dignidade da pessoa humana; da razoabilidade e da duração do processo, como destacado por Igor Teles Fonseca de Macedo, in obra Prescrição Virtual, ed. Podium, 2007. [...]. (RONDÔNIA, 2014). [grifo nosso].

Observa-se que o próprio Ministério Público requereu o reconhecimento antecipado da prescrição retroativa, pois não haveria mais interesse de agir uma vez que, caso fossem condenados, a provável pena em concreto ocasionaria a ocorrência da referida prescrição. O interesse de agir é um dos pontos vitais do processo, que depende dele para ter continuidade e validade, ou seja, para manter-se vivo, e, caso ele não esteja presente, o processo deve ser encerrado para o fiel cumprimento das normas jurídicas.

3.6 A PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O principal argumento utilizado para não aceitar a aplicação da prescrição em perspectiva é o de que não há previsão legal no ordenamento jurídico que possibilite tal medida. O Código Penal apenas dispõe em seu artigo 109, que a prescrição regula-se pela pena máxima em abstrato cominada ao crime e o § 1º, do artigo 110, dispõe que após a sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso regula-se pela pena aplicada, não havendo assim previsão legal da prescrição em perspectiva, mais somente para a prescrição retroativa.

Dessa forma, manifesta-se a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 16.825:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. INTEMPESTIVIDADE. CONHECIMENTO COMO *WRIT* SUBSTITUTIVO. ESTELIONATO. PRESCRIÇÃO PELA PENA EM PERSPECTIVA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. É intempestivo o recurso ordinário em *habeas corpus* interposto fora do prazo legal de cinco dias, todavia a jurisprudência desta Corte inclina-se em conhecer daquele como *writ* substitutivo, privilegiando a ampla defesa e a fungibilidade recursal.

2. **A prescrição regula-se pela pena aplicada, depois do trânsito em julgado da sentença condenatória, ou, antes disso, pelo máximo da pena cominada ao crime, em estrita obediência ao Código Penal.**

3. **A prescrição antecipada, ou prescrição pela pena em perspectiva carece de previsão legal, não havendo que ser reconhecida.**

4. Recurso a que se nega provimento. (BRASIL, 2004). [grifo nosso].

Todavia, deve ser feita uma análise mais criteriosa do assunto para então ser possível opinar acerca da legalidade ou não do instituto da prescrição penal em perspectiva. Cumpre salientar o que aduz Travessa (2008, p. 112):

É evidente que, após o esgotamento do modelo clássico positivista, uma decisão legítima em face da legalidade não se restringe a uma mera aplicação de leis dissociadas dos interesses sociais, mas obviamente guiada por valores sociais e políticos respaldados no momento histórico de determinada sociedade.

Sendo assim, a norma penal deve ser interpretada conforme a sistemática constitucional, adequando-se ao que prega o Estado Democrático de Direito, não devendo ser aplicada de modo puramente positivo e desvirtuada de valores que regem a vida em sociedade.

Nesse sentido, agir conforme a legalidade é conciliar as técnicas hermenêuticas de maneira a legitimar a norma constitucional, fazendo com que as normas infraconstitucionais sejam interpretadas para alcançar o sentido das normas inscritas na Constituição Federal (NUCCI, 2015, p. 12).

Ademais, o princípio da legalidade, previsto constitucionalmente, tem como objetivo garantir a proteção aos direitos individuais e fundamentais do cidadão. No que tange ao Direito Penal suas principais funções são proibir a retroatividade da lei penal, proibir a criação de crimes e penas pelos costumes, proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas e proibir incriminações vagas e indeterminadas (GRECO, 2007, p. 96).

Então, o princípio da legalidade existe para restringir o direito de punir do Estado e proteger o cidadão, não pode deixar de ser observado quando estiver em risco a liberdade do acusado, não havendo óbices para a utilização de um instituto jurídico que beneficie o réu. Tanto é assim, que é aceita no Direito Penal a analogia em benefício do acusado quando há ausência de lei que regule o caso específico, e também, com maior grau de proteção ao acusado, há a possibilidade de utilização de prova obtida ilicitamente, caso comprove cabalmente sua inocência.

Percebe-se que o princípio da legalidade não tem caráter absoluto nos casos em que o réu possa ser beneficiado, isso ocorre porque o objetivo desse princípio é limitar o poder punitivo do

Estado e não permitir que ocorram surpresas que prejudiquem o acusado.

A edição da súmula 438, do STJ, busca coibir a utilização da prescrição baseada em pena hipotética, fundamentando-se principalmente na ausência de previsão legal. Pois bem, ocorre que a própria jurisprudência encontrou uma solução legal para admitir a prescrição penal em perspectiva, pois, quando o magistrado extingue o processo com fundamento nessa modalidade de prescrição, ele não o faz reconhecendo a extinção da punibilidade, mais sim, com o reconhecimento da falta de interesse de agir o que proporciona a carência de ação.

Acerca do Interesse de agir como condição da ação Cintra, Grinover e Dinamarco (2009, p. 277) aduzem: “essa condição da ação assenta-se na premissa de que, tendo embora o Estado o interesse no exercício da jurisdição, não lhe convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil”.

Dessa forma, um processo que se prolonga demasiadamente no tempo de maneira a ser possível antever que ocorrerá a prescrição retroativa, acaba por perder seu interesse de agir e não terá mais utilidade a pretensão estatal, uma vez que, caso seja advinda uma sentença condenatória, esta não poderá ser aplicada e será atingida pela prescrição retroativa.

Assim, decidiu a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul no Recurso em Sentido Estrito Nº 70011951829:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. AMEAÇA E LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVE. PRESCRIÇÃO ANTECIPADA, PROJETADA, VIRTUAL OU DA PENA EM PERSPECTIVA. Inconformidade oposta pelo Ministério Público contra a decisão que decretou extinta a punibilidade do réu. Prescrição projetada. Possibilidade. A pena projetada, na hipótese de condenação do recorrido, não ultrapassaria dois anos, por serem francamente favoráveis ao réu as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Estatuto Repressivo. Decurso de mais de quatro anos (artigo 109, inciso V, do Código Penal) entre a data do recebimento da denúncia e a data da prolação da decisão hostilizada. **Inutilidade em prosseguir-se no feito.** Por maioria, negaram provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público, vencido o Des. Relator. Redator para o acórdão o Des. Mangabeira. (RIO GRANDE DO SUL, 2005). [grifo nosso].

Se o que proíbe o findar do processo com o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva em perspectiva é a falta de previsão legal, não deve ser repudiado a prática da extinção processual pela falta de interesse de agir, uma vez que existe previsão legal e é pacífico na doutrina e jurisprudência, sendo obrigação do magistrado reconhecê-la para evitar ações fadadas ao fracasso.

3.7 A PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA E O PRINCÍPIO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Acerca da aplicação da impossibilidade de aplicação da prescrição em perspectiva há também o argumento de que o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva em perspectiva

fere o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. Em sua obra Baltazar (2003, p. 110) explica esse argumento dizendo:

[...] a condenação não pode ser aceita pela parte; urge desenvolver o processo em todas as etapas. Só a sentença gera o status de condenado, por isso, como afirma José Carlos Marrone, “há evidente obstáculo constitucional para se reconhecer a prescrição antecipada, que toma como referência, dado aleatório, ou seja, suposta data de trânsito em julgado de sentença condenatória, ou de hipotética condenação”.

Dessa maneira, não poderia a punibilidade ser extinta sem o desenvolvimento do processo, com base em uma hipotética pena e com amparo em uma provável data de condenação.

Inicialmente, com a edição da Lei 12.234/2010, conforme já ficou evidenciado, não há mais possibilidade de se reconhecer a prescrição em perspectiva no momento da denúncia, ela só poderá ser reconhecida após iniciado o processo, exceto para crimes cometidos antes da vigência da referida Lei. Com isso, para reconhecer a prescrição em perspectiva, o processo já deverá estar em andamento há um bom tempo, de modo que o magistrado, conhecedor que é do procedimento, saberá fazer uma projeção segura do tempo que poderá transcorrer até o findar da relação processual, caso haja condenação.

A provável pena não é determinada sem nenhum fundamento, pois o magistrado observará o que está previsto no artigo 59, do Código Penal, analisará o crime conforme seu conceito analítico de forma a conhecer o grau de culpabilidade do agente. Após a análise desses elementos é que o juiz, imaginando na pior das hipóteses que o réu seja condenado, projetará a provável pena que seria aplicada.

Já ficou demonstrado nessa pesquisa que o intuito do princípio do devido processo legal, conjuntamente com o contraditório e a ampla defesa, é não permitir que a liberdade do cidadão seja tolhida sem a observância de todos os procedimentos previstos. A prescrição penal em perspectiva reforça a liberdade do acusado, não gera nenhum efeito condenatório. O mesmo ocorre se o processo for extinto com base na prescrição retroativa. Dessa maneira, não deve o princípio em tela ter o intuito de cultuar o formalismo exagerado, pois não se está condenando o acusado mais sim reconhecendo seu direito a ficar livre de uma relação processual que não terá utilidade.

Dispõe Travessa (2008, p. 126) que:

[...] após constatada a perda pelo decurso de tempo do jus puniendi, não seria razoável a instauração ou manutenção de uma ação penal por mero apego fomal. Esta instauração ou manutenção, visando apenas cumprir uma formalidade legal sem atentar para a realidade circundante, é desproporcional e ilógica aos propósitos da garantia do devido processo legal.

Esse apego ao formalismo como argumento para não aceitar a prescrição em perspectiva

não atinge finalidade substancial alguma, pois o resultado prático seria o mesmo, o fim do processo com fundamento na prescrição. Haveria ainda um maior custo financeiro devido aos atos que seriam praticados sem necessidade e, ainda, um maior constrangimento ao acusado que ficará por um maior período respondendo a um processo penal.

Nessa esteira, o apego ao formalismo excessivo, que propicia o entendimento de que o princípio do devido processo legal não permite o reconhecimento da prescrição em perspectiva, faz com que tal princípio não cumpra sua função constitucional e vai de encontro ao que prega um Estado Democrático de Direito. Além de ofender o princípio da economia processual, pois esse princípio busca o máximo de resultados com o mínimo de atos processuais possíveis, ou seja, deve existir equilíbrio do custo-benefício, havendo proporção entre os fins e os meios, sendo assim, devido à instrumentalidade do processo, não é razoável o dispêndio de recursos e tempo em vão, quando no caso concreto for evidente que havendo condenação ocorrerá a prescrição penal retroativa.

3.8 A PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Muitos são os que defendem que a prescrição em perspectiva viola o princípio da presunção de inocência, consagrado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, que diz: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Neste sentido, se pronuncia a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Paraná no Recurso em Sentido Estrito n. 26012-0:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. LESÕES CORPORAIS GRAVES. PRESCRIÇÃO DECRETADA ANTES DE PROFERIDA A SENTENÇA CONDENATORIA. OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA AMPLA DEFESA E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. Em face dos dispositivos que regem o instituto da prescrição, não é possível reconhecer a ocorrência da prescrição retroativa, baseada na pena a ser hipoteticamente fixada, sem que haja uma sentença condenatória, sob pena de **ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa e da presunção de inocência**. A decretação antecipada, ainda que sob a justificativa de agilização da Justiça, **pressupõe a existência de condenação e o réu tem direito a uma decisão de mérito** na qual eventualmente poderá obter sua absolvição ou recorrer da sentença condenatória. Recurso provido para anular a decisão e ordenar que a ação penal prossiga em seus ulteriores termos, na forma prevista em lei. (PARANÁ, 1993). [grifo nosso].

Segundo esse entendimento o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva em perspectiva não pode ser aceito porque pressupõe uma sentença condenatória sem o devido processo legal e priva o réu do direito de uma decisão de mérito a qual poderá provar sua inocência.

Importante observar algumas peculiaridades referentes ao tema, pois cumpre saber se o réu

tem sempre direito a uma decisão de mérito, e se a decisão que reconhece a prescrição é uma decisão de mérito, assim como descobrir qual o objetivo do princípio da presunção de inocência no direito penal brasileiro.

O inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição Federal, relata que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito. Sendo assim, preservado está o acesso à justiça quando houver lesão ou ameaça a direito, no entanto acesso a justiça não é sinônimo de decisão de mérito, pois uma pretensão posta em juízo poderá ser extinta sem resolução de mérito.

Nesse sentido Travessa (2008, p. 156) aduz:

Ora, o cidadão, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, nem sempre tem direito a uma decisão de mérito, ele sempre tem direito a prestação jurisdicional, que pode desencadear em sua condenação, absolvição ou numa declaração de extinção de punibilidade. Pode-se citar como exemplo de uma prestação jurisdicional sem análise do mérito da causa, o acolhimento de uma preliminar processual de defeito de representação das partes.

O que sempre existe é o direito ao acesso à justiça, o que não quer dizer que haverá uma decisão de mérito no processo penal, pois há determinadas situações em que não há possibilidade de ser resolvido o mérito da causa por motivos vários como a falta de justa causa para a ação penal.

Em lição Távora e Alencar (2011, p. 715) relatam que: “A sentença declaratória de extinção de punibilidade é uma decisão definitiva ou sentença em sentido próprio que encerra a relação processual, julga o mérito, mas não condena nem absolve”. No mesmo sentido Travessa (2008, p. 157) diz: “[...] há de se reconhecer que a decisão extintiva de punibilidade já é de mérito”.

A prescrição penal é matéria de ordem pública e a decisão que reconhece a prescrição da pretensão punitiva, dessa forma, é uma decisão de mérito, não havendo mais possibilidade de novo processo pelo mesmo fato, no entanto, ela não condena nem absolve o acusado. Se for prolatada uma decisão que reconheça a prescrição da pretensão punitiva, o acusado não poderá exigir uma decisão que comprove sua inocência, pois não poderá preponderar o interesse particular sobre o público, deverá então procurar a esfera cível, caso queira.

O princípio da presunção de inocência apregoa que o acusado é presumidamente inocente e deve ser tratado como tal no transcorrer do processo, isso significa que o réu não poderá ser privado de sua liberdade a não ser nos casos previstos em lei. Também preceitua que o ônus da prova é da acusação em relação aos fatos alegados. Esse princípio reforça o princípio do *in dubio pro reo* sendo uma garantia aos direitos individuais do acusado. Nessa esteira, a presunção de inocência não tem a finalidade de propiciar ao acusado uma sentença absolutória ou condenatória, se antes ocorreu uma causa de extinção da punibilidade.

Nota-se que a decisão que reconhece a prescrição não é uma decisão condenatória, e sim de extinção da punibilidade, pois o acusado ficará livre do processo como se nada tivesse ocorrido, não havendo nenhum efeito condenatório.

Pacheco (*apud* JAWSNICKER, 2008, p. 126) dispõe que:

Se é reconhecido que mesmo após prolação de sentença condenatória, com o advento da prescrição da pretensão punitiva estatal e declaração da extinção da punibilidade do agente, este não tem qualquer interesse em recorrer para obtenção da absolvição, a contrario sensu, com muito mais razão se pode afirmar que a prescrição antecipada não fere qualquer direito do suspeito ou do acusado à absolvição.

Se a decisão que reconhece a prescrição retroativa pressupõe a existência da sentença condenatória, neste caso não há ofensa ao princípio da presunção de inocência, desta maneira, o reconhecimento da prescrição em perspectiva também não ofende este princípio, porquanto, neste caso a sentença condenatória nem mesmo existirá.

Debatendo o tema Nucci (2012, p. 617) discorre “quanto à posição dos que invocam o princípio da presunção de inocência, vale ressaltar que os direitos e garantias fundamentais não podem servir de pretexto para prejudicar o réu, pois constituem a sua proteção contra o abuso do Estado”.

O reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva em perspectiva não tem a capacidade de ofender o princípio da presunção de inocência, uma vez que não ofende as garantias processuais decorrentes de tal princípio, não haverá declaração de culpa; o que ocorrerá é uma projeção em que o magistrado, com base na legislação, projetará que, nas piores das hipóteses, caso o réu seja condenado, sua provável pena não poderá ser aplicada por ser atingida pela prescrição retroativa.

O crime é um evento que ocorre na sociedade e dessa forma também é composto por elementos de ordem subjetiva e valorativa, o próprio conceito analítico de crime na visão finalista da ação exige para o reconhecimento do crime uma análise acerca da intenção do agente. Nesse sentido, o magistrado irá julgar conforme o seu livre convencimento motivado, arrimado nos princípios da persuasão racional, da identidade física do juiz e em sua experiência e conhecimento do direito, dispondo de plena capacidade para apreciar as circunstâncias do caso concreto, podendo com muita segurança realizar a projeção da possível pena, fundamentando sua decisão conforme exigência do ordenamento jurídico, e não ofenderá o princípio da presunção de inocência.

Ademais, o princípio da presunção de inocência integra-se ao princípio do *in dubio pro reo* que conforme relatado por Nucci (2015, p. 35): “Por outro lado, quando dispositivos processuais penais forem interpretados, apresentando dúvida razoável quanto ao seu real alcance e sentido,

deve-se optar pela versão mais favorável ao acusado[...]"

Havendo dúvida quanto a interpretação de dispositivos penais, deve prevalecer a interpretação que favoreça o acusado privilegiando sua liberdade e preservando sua dignidade humana, pois o processo penal é, antes de tudo, instrumento de garantia da liberdade do acusado e não o meio de colocá-lo atrás das grades sem observância dos pressupostos do Estado Democrático, que presa pelos direitos e garantias fundamentais.

3.9 A PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA E O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA

Para muitos, o princípio da obrigatoriedade da ação penal impede o reconhecimento da prescrição em perspectiva, pois na ação penal pública não pode ocorrer a aplicação do princípio da oportunidade.

A obrigatoriedade da ação penal conforme Távora e Alencar (2011, p. 154) significa que: "Estando presentes os requisitos legais, o Ministério Público está obrigado a patrocinar a persecução criminal, ofertando denúncia para que o processo seja iniciado. Não cabe ao MP juízo de conveniência e oportunidade". Ainda sobre o tema Baltazar (2003, p. 110) informa que esse argumento indica que: "não tem o juiz poderes discricionários para analisar se instaura ou não a ação penal. Os órgãos incumbidos da persecução penal devem promover os atos até o final da decisão".

De fato o Ministério Público está obrigado a agir promovendo a ação penal pública, no entanto, esse dever só será possível quando presentes todas as condições da ação, de forma a ser possível a efetivação da prestação jurisdicional. O magistrado, ao receber a denúncia, avaliará e decidirá se estão preenchidas tais exigências para a existência da ação, e, caso não estejam, não receberá a denúncia.

Importante observar que com a nova redação do § 1º, do artigo 110, do Código Penal, o termo inicial da prescrição retroativa não pode ocorrer antes da denúncia, ou seja, a prescrição penal em perspectiva somente se verificará no decorrer do processo, não ofendendo o princípio da obrigatoriedade da ação penal, uma vez que, caso seja reconhecida o processo já estará a algum tempo em andamento e o magistrado proferirá decisão fundamentada.

Nesse sentido, não há mais razão para questionar que a prescrição penal em perspectiva ofende o princípio da obrigatoriedade. O que poderia ser alegado é a ofensa ao princípio da indisponibilidade da ação que preconiza que o Ministério Público não poderá desistir ou abandonar a ação penal pública.

O Ministério Público não poderá desistir da ação penal pública sem nenhum motivo

jurídico, entretanto, caso surja algum motivo que fundamente a disposição da pretensão punitiva não há ofensa a este princípio. Como exemplo, caso o Ministério Público entenda que o acusado é inocente deverá pedir sua absolvição, abandonando desistindo da ação penal.

Seguindo o mesmo raciocínio, caso no decorrer do processo desapareça o interesse de agir configurado pela prescrição penal em perspectiva, nada impede que o órgão ministerial peticione pela extinção do processo por falta de utilidade, conforme já demonstrado em julgado anteriormente citado.

Constata-se que o instituto da prescrição da pretensão punitiva em perspectiva não tem o condão de ofender os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública, pois o que ocasiona o encerramento do processo é a falta de interesse de agir, e não o abandono da ação pelo Ministério Público por motivo de conveniência e oportunidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da problemática apresentada acerca da possibilidade jurídica da aplicação da prescrição da pretensão punitiva em perspectiva no ordenamento jurídico penal brasileiro, ficou evidenciado que o tema é de grande valia para o Direito Penal e Processual Penal merecendo maior atenção e debate jurídico para que assim possibilite maior conhecimento do assunto e, conseqüentemente, se apresentem melhores soluções jurídicas para o impasse em comento.

A pesquisa buscou demonstrar uma visão analítica da prescrição penal, de forma a dar prioridade à prescrição da pretensão punitiva em perspectiva, evidenciando a divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da possibilidade de sua aplicação no ordenamento jurídico penal brasileiro. Para tanto, necessário foi uma abordagem ampla a respeito de temas referentes ao Direito Penal e Processual Penal.

Através desse estudo, em que foram analisados os argumentos favoráveis e contrários à aplicação da prescrição penal em perspectiva, conduziu-se às constatações a seguir demonstradas.

1. Primeiramente cumpre evidenciar que a prescrição se fundamenta nos efeitos que o transcorrer do tempo proporciona, dentre eles evidenciou-se que o tempo faz com que a sociedade esqueça o crime, desaparecendo a lembrança do fato, bem como se constatou que um período razoavelmente longo que o acusado responde a um processo sem praticar novo crime, além de evidenciar a emenda do delinquente, presume sua ressocialização, também ocasiona sua expiação devido ao sofrimento psicológico e possíveis prejuízos econômicos ocasionados pela sua submissão ao processo penal.

Levando em consideração os argumentos do esquecimento, da expiação e da emenda, fica demonstrada a desnecessidade de aplicação da pena, pois a função de prevenção geral e especial da pena já fora alcançada com o passar do tempo. E como a prescrição em sua essência é calculada com base na pena justa aplicada, havendo a possibilidade de ser antevista tal pena devido às circunstâncias judiciais, torna-se questão de justiça o reconhecimento da prescrição penal em perspectiva.

2. A longa duração do processo penal demonstra a inércia do Estado em cumprir o seu poder/dever de punir. Portanto, não pode o réu pagar pela falta de eficiência do poder público.

Além disso, essa inércia estatal leva a outro ponto relevante que é a dispersão das provas, pois quanto maior a demora em se realizar a instrução probatória, menor sua credibilidade, o que ocasiona prejuízo na apuração da materialidade do crime e, conseqüentemente, causa insegurança à elaboração da sentença condenatória, devendo ser observado nesse cenário o princípio do *favor rei*.

Há também um contrassenso em não se reconhecer a prescrição penal em perspectiva sob o frágil argumento de que se faz necessário uma sentença condenatória, pois isto importará apenas em dispor de recursos e tempo em um processo que já é sabido não terá utilidade. A prescrição penal em perspectiva vem para impedir esse contrassenso encerrando o processo e evitando gastos inúteis, contribuindo com a economia processual.

3. O princípio da dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil e de extrema importância para a concretização de um Estado Democrático de Direito, serve de base para todos os direitos e garantias fundamentais. Referido princípio deve ser observado em todo o ordenamento jurídico, inclusive no momento da interpretação da norma pelo magistrado, especialmente no Direito Penal, em que os bens em jogo são os mais valiosos do cidadão.

Assim, ao manter o andamento de um processo penal sabendo-se que será fulminado pelo instituto da prescrição retroativa é ocasionar sofrimento e perseguir o acusado sem motivos relevantes, o constringendo, em clara ofensa à dignidade humana. O pensamento inverso, que aceita a aplicação da prescrição penal em perspectiva coaduna-se com a concretização dos direitos e garantias fundamentais, preservando o princípio da dignidade humana e confere interpretação à norma penal e processual penal, conforme o ordenamento constitucional.

4. O magistrado para realizar a antevisão da pena, levará em conta os elementos contidos nos autos, considerando sempre a pior das hipóteses para o condenado, após esse passo, ele observará os artigos 59 e 68, do Código Penal, de maneira que saberá, com segurança e sob fundamento legal, a provável pena a ser aplicada em caso de condenação. E dessa maneira, se for o caso, reconhecerá, desde logo, a prescrição da pretensão punitiva em perspectiva.

Tal reconhecimento coaduna-se a uma nova visão a respeito da prestação dos serviços públicos, pois estes devem ser mais ágeis e eficientes, evitando gastos desnecessários. O Estado, e a atividade persecutória penal, devem guardar consonância com o princípio administrativo da eficiência e com os princípios constitucionais da economia e celeridade processual, prestar a tutela jurisdicional de forma célere e sem desperdícios, contribuindo assim com o prestígio da justiça.

O processo penal é o meio pelo qual se possibilita a aplicação do Direito Penal material, ou seja, é o instrumento que o Estado dispõe para aplicar a sanção ao criminoso. Por conseguinte, a partir do momento em que não é mais possível impor a punição ao acusado, o processo perde sua razão de ser e sua continuidade faz com que ele exista com um fim em si mesmo. Com isso,

manter um processo que não poderá realizar sua função de meio para obtenção da tutela pretendida pelo autor vai de encontro com o princípio da instrumentalidade do processo. Desta forma, a aplicação da prescrição penal em perspectiva harmoniza-se com a instrumentalidade processual ao passo que evita uma instrução processual sem finalidade útil.

5. A falta de previsão legal seria o principal empecilho à aplicação da prescrição penal em perspectiva. Entretanto não é apenas a lei, em sentido estrito, que corresponde à legalidade, uma vez que a interpretação das leis infraconstitucionais, conforme a legalidade, deve revelar o sentido das normas inscritas na constituição, de maneira a concretizar os objetivos de um Estado Democrático de Direito e preservar a dignidade da pessoa humana. O instituto da prescrição penal em perspectiva alinha-se a esses ditames constitucionais evitando o constrangimento do acusado, corrobora com a economia processual, a instrumentalidade do processo e com a dignidade da pessoa humana.

O princípio da legalidade em âmbito penal tem como função restringir o poder de punir do Estado, entretanto, quando houver benefício ao réu, esse princípio não tem caráter absoluto, devendo ser relativizado. Como exemplos tem-se que no Direito Penal pode ser admitida prova ilícita que comprove a inocência do réu, é possível a analogia em favor do réu e predomina o princípio do *favor rei*. Dessa forma, a prescrição penal em perspectiva harmoniza-se com a Constituição Federal além de ser de grande valia prática, pois complementa a funcionalidade da prescrição retroativa quando elimina o contrassenso de prosseguir um processo que não tem utilidade.

6. Cumpre ressaltar que com a nova redação do § 1º, do artigo 110, do Código Penal, não poderá mais o prazo da prescrição retroativa ter como termo inicial data anterior a denúncia ou queixa, o que revela que a prescrição em perspectiva somente poderá ser reconhecida no decorrer do processo penal. Consequentemente, com base nessa alteração legal e também no que ficou explanado acerca da instrumentalidade do processo penal, infere-se que não devem prevalecer os argumentos de que a prescrição penal em perspectiva afronta aos princípios da obrigatoriedade da ação penal pública e do devido processo legal, uma vez que haverá obrigatoriamente o processo com suas garantias, e o mesmo será encerrado com uma decisão juridicamente fundamentada.

7. Também não se verifica ofensa à indisponibilidade da ação penal pública, uma vez que o referido princípio revela que não poderá o Ministério Público dispor da ação por conveniência e oportunidade e no caso da ocorrência da prescrição penal em perspectiva, em verdade, o que ocorre é a extinção da punibilidade ou a falta do interesse de agir, e nessa senda não poderá o processo ter continuidade, impondo-se o seu encerramento.

8. Alega-se que a prescrição da pretensão punitiva em perspectiva ofende ao princípio da presunção de inocência por presumir a culpa do acusado no momento da antevisão da pena e

também devido ao acusado ter direito a uma decisão de mérito. Salienta-se que o princípio da presunção de inocência visa proteger o acusado do poder punitivo estatal, de maneira que seja tratado como inocente durante o processo e somente poderá ter sua liberdade tolhida após a sentença condenatória com trânsito em julgado em definitivo.

Primeiramente, é de fácil constatação, conforme previsão constitucional, que o autor ou o réu tem direito a prestação jurisdicional e não a uma decisão de mérito, pois, do contrário, não poderia também reconhecer a prescrição penal em abstrato.

Outro ponto é que a decisão que reconhece a prescrição penal em perspectiva não tem nenhum efeito condenatório, ela reconhece a extinção da punibilidade. No reconhecimento da prescrição penal retroativa existe uma sentença condenatória, mas ela não surte nenhum efeito condenatório na vida do réu, enquanto que no reconhecimento da prescrição em perspectiva nem sentença condenatória existe.

Desse modo, não há ofensa ao princípio da presunção de inocência, pois o réu não é tratado como culpado e nem sofre limitação em sua liberdade, o que realmente ocorre é a extinção da punibilidade assim como na decisão que reconhece a prescrição penal em abstrato.

9. Para que a ação seja proposta, tenha início e continuidade no processo penal, deverá estar presente o interesse de agir, não podendo persistir a persecução processual penal caso não tenha mais utilidade a tutela pretendida por parte do Estado-acusação. Dessa maneira, para que o processo tenha existência, o pedido do autor deve ser útil, ou seja, deve ser possível o *jus puniendi* estatal, e caso não tenha mais essa possibilidade, ficará desprovida de sentido uma instrução processual que objetiva algo que não pode ser efetivado, forçando a extinção da relação processual.

Esse é o principal fundamento jurídico que corrobora a aplicação da prescrição da pretensão punitiva em perspectiva, pois, a partir do momento em que fica evidenciada a impossibilidade da efetivação do título executivo judicial por ser atingido pela prescrição penal retroativa, perde-se o interesse de agir em seu aspecto utilidade, uma vez que não poderá ser efetivada a pretensão punitiva estatal, impondo-se o encerramento do processo pela carência de ação.

Em que pese a jurisprudência majoritária perpetuar a hipótese de não ser possível a aplicação da prescrição da pretensão punitiva em perspectiva por falta de previsão legal, inclusive com expedição da súmula 438, pelo STJ, não é esse o entendimento alcançado na presente pesquisa, pois, no caso concreto o magistrado tem embasamento jurídico fidedigno para reconhecer a prescrição penal em perspectiva em que evidenciada a falta de interesse de agir em seu aspecto utilidade, ocasionando o encerramento do processo pela carência da ação em plena consonância com o ordenamento jurídico brasileiro.

Ademais, o instituto está em harmoniosa consonância com a Constituição Federal ao reforçar a proteção à dignidade da pessoa humana, ajudando a efetivar os objetivos de um Estado Democrático de Direito, sendo garantia do acusado frente o poder punitivo estatal, também corrobora com a eficiência estatal na prestação jurisdicional, com o princípio da economia processual, do *favor rei* e da instrumentalidade do processo, e evita o constrangimento do réu durante um processo penal sem objetivo útil.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Agamenon Bento do. **Direito Processual Penal**: Lições Teóricas e Práticas. Curitiba: Juruá, 1998.

BALTAZAR, Antonio Lopes. **Direito Penal**. Bauru: Edipro, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. 2010.

Disponível em: <

http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 20 Jun. 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Ação Penal**: Denúncia, Queixa e Aditamento. 3. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2002.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Texto Constitucional Promulgado em 05 de Outubro de 1988, com as Alterações Adotadas Pelas Emendas Constitucionais nº 1/92 a 64/2010, Pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 e Pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94. Lex: Legislação Federal. Brasília, 2010.

BRASIL. Decreto-lei n. 2.848 de 07 de Dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 jun. 2016.

BRASIL. Decreto-lei n. 3.689 de 03 de Outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689compilado.htm>. Acesso em: 10 jun. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 180679 RJ 2010/0139142-0**. Relator: Ministro Sebastião Reis Junior. Sexta Turma. 08 de Dezembro de 2013. Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24609351/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-180679-rj-2010-0139142-0-stj>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 179348 MG 2010/0129039-8**. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. 25 de Junho de 2013. Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23906419/habeas-corpus-hc-179348-mg-2010-012903>>

9-8-stj. Acesso em: 15 jun. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recuso Ordinário em Habeas Corpus n. 16.825 SC**. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Quinta Turma. 07 de Dezembro de 2004. Disponível em:

<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/135613/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-16825-sc-2004-0155366-1>>. Acesso em: 11 Jun. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recuso Ordinário em Habeas Corpus n. 29035 GO 2010/0175163-0**. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Quinta Turma. 26 de Novembro de 2013. Disponível em:

<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24706349/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-29035-go-2010-0175163-0-stj>>. Acesso em: 11 Jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário com Agravo ARE 710666 AM**. Relator: Ministro Dias Toffoli. 19 de Dezembro de 2014. Disponível em:

<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25353335/agreg-nos-embdecl-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-710666-am-stf>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 79.512**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. 16 de Dezembro de 1999. Disponível em:

<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/738316/habeas-corpus-hc-79512-tj>>. Acesso em 13 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 85.237**. Relator: Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno. 17 de Março de 2005. Disponível em:

<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/765685/habeas-corpus-hc-85237-df>>. Acesso em 13 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 762420 SC**. Relator: Ministro Roberto Barroso. 17 de Dezembro de 2013. Disponível em:

<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24868481/recurso-extraordinario-re-762420-sc-stf>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

DELMANTO, Celso *et al.* **Código Penal Comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos territórios. **Apelação Criminal APJ n. 20120111947149**. Relator: Desembargador Hector Valverde Santana. Terceira Turma dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. 06 de Agosto de 2013. Disponível em:

<<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24005904/apelacao-criminal-no-juizado-especial-apj-20120111947149-df-0194714-6820128070001-tjdf/inteiro-teor-111851336>>. Acesso em: 13 jun. 2016.

ESTEFAM, André. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2010.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: A nova parte geral**. 12. ed. Rio de

Janeiro: Forense, 1990.

GEBRAN NETO, João Pedro. **A Aplicação Imediata dos Direitos e Garantias Individuais: A busca de uma exegese emancipatória.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GONÇALVES Marcos Fratteezi. **Fundamentos teóricos do funcionalismo teleológico-racional em Claus Roxin:** Algumas considerações. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&%20artigo_id=8778>. Acesso em: 21 Abr. 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal:** Parte Geral. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado.** 5. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

JAWSNICKER, Francisco Afonso. **Prescrição Penal Antecipada.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal:** Parte Geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

JUQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. **Manual de Direito Penal:** Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MALCHER, J.L. da Gama. **Manual de Processo Penal.** 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2002.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal.** Campinas-SP: BOOKSELLER, 1998.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana:** Princípio Constitucional Fundamental. Curitiba: Juruá, 2012.

MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa *et al.* **Dignidade da Vida Humana.** São Paulo: LTR, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal.** 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.. **Manual de Direito Penal:** Parte Geral. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal.** 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal:** Parte Geral Parte Especial. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Almir de. **Curso de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PARANÁ (ESTADO). Tribunal de Justiça. **Recurso em Sentido Estrito 0026012-0**. Relator: Desembargador Plínio Cachuba. Segunda Câmara Criminal. 01 de Abril de 1993. Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4006637/recurso-em-sentido-estrito-recsenses-260120>>. Acesso em: 12 jun. 2016.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CAVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

RIO DE JANEIRO (ESTADO). Tribunal de Justiça. **Recuso em Sentido Estrito n. 00152459420108190002 RJ 0015245-94.2010.8.19.0002**. Relator: Desembargadora Denise Vaccari Machado Paes. Quinta Câmara Criminal. 19 de Março de 2015. Disponível em: <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/177096854/recurso-em-sentido-estrito-rse-152459420108190002-rj-0015245-9420108190002>>. Acesso em: 13 jun. 2016.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 70044572113**. Relator: Desembargador Ícaro Carvalho de Bem Osório. Sexta Câmara Criminal. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20594174/habeas-corpus-hc-70044572113-rs>>. Acesso em 12 jun. 2016.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). Tribunal de Justiça. **Recurso em Sentido Estrito N° 70011951829**. Relator: Desembargador Antônio Carlos Netto de Mangabeira. Segunda Câmara Criminal. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&getfields=*&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&client=tjrs_index&filter=0&aba=juris&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&requiredfields=ct%3A3.coj%3A25&partialfields=n%3A70011951829&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em 11 jun. 2016.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. **A Prescrição Retroativa e a Inutilidade do Provimento Jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal: Parte Geral – II Arts. 32 a 120 do Código Penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 1997.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Prática de Processo Penal**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TRAVERSA, Julio Cezar Lemos. **O Reconhecimento Antecipado da Prescrição Penal Retroativa**. JusPodivm, 2008.